

Aansprakelijkheid voor zorggerelateerde schade

Omslagontwerp: Primo!Studio, Delft

Opmaak binnenwerk: Ambrac, Deventer

© 2013 R.P. Wijne | Boom Juridische uitgevers

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.stichting-pro.nl).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

Dit proefschrift is als handelseditie verkrijgbaar onder ISBN 978 90 8974 80 10.

NUR 820

www.bju.nl

AANSPRAKELIJKHEID VOOR ZORGERELATEERDE SCHADE

*EEN ONDERZOEK NAAR OBSTAKELS IN HET CIVIELE
AANSPRAKELIJKHEIDSRECHT EN ALTERNATIEVEN VOOR
VERHAAL VAN ZORGERELATEERDE SCHADE*

LIABILITY FOR CARE-RELATED HARM

*A STUDY REGARDING OBSTACLES IN CIVIL LIABILITY AND
ALTERNATIVES TO RECOVER CARE-RELATED HARM*

Proefschrift

ter verkrijging van de graad van doctor aan de
Erasmus Universiteit Rotterdam
op gezag van de
rector magnificus

prof.dr. H.G. Schmidt

en volgens besluit van het College voor Promoties.
De openbare verdediging zal plaatsvinden op

donderdag 12 september 2013 om 13.30 uur
door

Rolinka Patricia Wijne
geboren te 's-Gravenhage



Promotiecommissie:

Promotor: Prof. mr. S.D. Lindenberg

Overige leden: Prof. mr. W.H. van Boom
Prof. dr. R.W.M. Giard
Prof. mr. J. Legemaate

VOORWOORD

Toen ik op enig moment de vraag voorgelegd kreeg 'iets' te willen gaan schrijven, dacht ik aan een monografie over 'Medische aansprakelijkheid', oftewel een boekje over de aansprakelijkheid van de arts of het ziekenhuis voor schade van de patiënt. De gedachte werd op dat moment ingegeven door de wens dit deel van het aansprakelijkheidsrecht toegankelijker te maken voor de jurist die het tot zijn taak rekent zorggerelateerde schadekwesties af te wikkelen. Ik kon op dat moment nog niet inzien dat 'het boekje' kon uitgroeien tot een groter exemplaar. Eenmaal bezig bleek er echter 'veel' in kaart te brengen en besloot ik van de monografie een handboek te maken, waarin het aansprakelijkheidsrecht in medische zaken zo volledig mogelijk wordt geanalyseerd. Omdat ik er vervolgens niet aan ontkwam te onderkennen dat het aansprakelijkheidsrecht niet altijd even eenvoudig toepasbaar is op een voorliggende casus en patiënten verhaal van schade als moeilijk, frustrerend en tijdrovend ervaren, kreeg de inhoud van het boek een bijkomend doel: verbetering van het verhaal van zorggerelateerde schade. Ik heb mij tegen die achtergrond de vraag gesteld welke knelpunten het civiele aansprakelijkheidsrecht kent als het gaat om het verhaal van zorggerelateerde schade en welke alternatieven een oplossing zouden kunnen bieden.

Het boek dat thans voorligt, vormt het verslag van een onderzoek naar de antwoorden op deze vragen. Ter beantwoording van de eerste vraag is aan de hand van nationale en Europese wetgeving, nationale en Europese rechtspraak en literatuur het civiele aansprakelijkheidsrecht beschreven, geanalyseerd en op knelpunten onderzocht. Onderdeel daarvan betreft de beschrijving en analyse van de juridische verhouding tussen de hulpverlener en de patiënt, van de juridische grondslagen voor het verhaal van zorggerelateerde schade, van het verband tussen zorgverlening en schade en van de aard en omvang van de schade die voor vergoeding in aanmerking kan komen. U zult met name in de beschrijving het oorspronkelijke idee van een handboek herkennen, waardoor het boek de praktijkjurist nog steeds inzicht kan verschaffen in het civiele aansprakelijkheidsrecht in medische kwesties. De procedure tot verhaal van zorggerelateerde schade maakt eveneens deel uit van het onderzoek en vertoont evenzeer kenmerken van een handboek.

Ter beantwoording van de tweede vraag zijn aan de hand van buitenlandse en nationale wetgeving, rechtspraak en literatuur mogelijke alternatieven beschreven en geanalyseerd. Zo is in sommige landen gekozen voor een no fault systeem. Andere landen daarentegen hebben gekozen voor een aanpassing op onderdelen van het civiele aansprakelijkheidsrecht. Ik heb dan ook besloten tot een onderzoek naar het no fault patiëntenverzekeringssysteem van Zweden, het twee-sporensysteem met een no fault schadevergoedingsfonds van België

en de op een fout berusten civiele aansprakelijkheidssystemen van Oostenrijk en Duitsland. De rechtssystemen van deze landen worden in het onderhavige boek beschreven en geanalyseerd, in welk kader in het bijzonder wordt ingegaan op de voorwaarden voor een uitkering aan de patiënt respectievelijk de wijze waarop aansprakelijkheid voor schade van de patiënt kan worden vastgesteld. Eveneens is onderzoek verricht naar alternatieven die binnen Nederland kunnen worden gevonden. In Nederland is bijvoorbeeld een aanvang gemaakt met de versterking van de rechtspositie van de patiënt door met dat doel een wetsvoorstel te ontwerpen: het wetsvoorstel Wet cliëntenrechten zorg. Ondanks dat is gebleken dat het wetsvoorstel in zijn oorspronkelijke vorm geen doorgang vindt en als zodanig dus geen bestaand alternatief biedt, blijft het wetsvoorstel van belang voor de gedachtevorming over mogelijke verbeteringen van het verhaal van zorggerelateerde schade en is het om die reden toch geanalyseerd. Beschreven en geanalyseerd is tevens hoe het verhaal door slachtoffers van arbeidsongevallen en slachtoffers met verkeersgerelateerde schade in Nederland is geregeld.

Gezien het bijkomende doel om het verhaal van schade te vereenvoudigen heb ik het boek afgesloten met een aantal aanbevelingen, waarin u het 'proefschrift'-karakter zult herkennen.

Al met al spreek ik de hoop uit dat het boek zal worden geraadpleegd, gelezen en gebruikt in voorliggende situaties en in dat opzicht in een bepaalde behoefte kan voorzien. Op de aanbevelingen mag u kritisch zijn: zonder kritisch nadenken zal er immers niets veranderen.

Rolinka Wijne

25 juni 2013

INHOUDSOPGAVE

Lijst van gebruikte afkortingen	17
1 Inleiding	25
1.1 Het onderzoek	25
1.2 Enkele cijfers	26
1.3 Opzet van het onderzoek	31
Deel I	
2 De patiënt en een incident bij een geneeskundige behandeling; een verkenning	37
2.1 Inleiding	37
2.2 Schade na een incident bij de geneeskundige behandeling	38
2.3 Behoeften na een incident	42
2.4 Vergoeding van schade na een incident	45
2.4.0 Opmerkingen vooraf	45
2.4.1 Soorten schade: vermogensschade en ander nadeel	45
2.4.2 De grondslagen voor een recht op vergoeding van schade	46
2.4.2.1 Een goede grond ter afwenteling van schade: verwijtbaar onjuist gedrag	46
2.4.2.2 Verwijtbaar onjuist gedrag: een tekortkoming	48
2.4.2.3 Verwijtbaar onjuist gedrag: een onrechtmatige daad	50
2.4.2.4 Aansprakelijkheid vanwege een bepaalde hoedanigheid	52
2.4.3 Het verhaal van schade in de praktijk	53
2.5 Andere juridische acties en hun verhouding tot het civiele aansprakelijkheidsrecht	56
2.5.0 Opmerkingen vooraf	56
2.5.1 Een klacht bij de hulpverlener	57
2.5.2 Een melding bij de Inspectie voor de Gezondheidszorg	59
2.5.3 Een verzoek aan de Nationale ombudsman	62
2.5.4 Een klaagschrift bij de tuchtrechter	64
2.5.5 Strafvervolgning door het Openbaar Ministerie	74
2.5.6 De verhouding tot het civiele aansprakelijkheidsrecht	81
2.6 Beschouwing	87

Deel II

3	De rechtsverhouding tussen de patiënt en de arts of het ziekenhuis	91
3.1	Inleiding	91
3.2	De rechtsverhouding tussen arts, ziekenhuis en patiënt: doorgaans contractueel	94
3.2.0	Opmerkingen vooraf	94
3.2.1	Het onderwerp van de behandelingsovereenkomst	94
3.2.2	De opdrachtgever	98
3.2.3	De opdrachtnemer	108
3.2.4	De totstandkoming van de behandelingsovereenkomst	114
3.2.5	De beëindiging van de behandelingsovereenkomst	118
3.2.6	Verplichtingen die uit de contractuele rechtsverhouding voortvloeien	122
3.3	De rechtsverhouding tussen arts, ziekenhuis en patiënt: in uitzonderingsgevallen niet-contractueel	128
3.3.0	Opmerkingen vooraf	128
3.3.1	Illustraties van uitzonderingsgevallen	129
3.3.2	Verplichtingen die uit de niet-contractuele rechtsverhouding voortvloeien	134
3.4	Een nadere beschrijving van de klassieke verplichtingen van de hulpverlener	140
3.4.0	Opmerkingen vooraf	140
3.4.1	De informatieplicht	141
3.4.1.1	Doel van de informatieplicht	141
3.4.1.2	De inhoud van de informatie	146
3.4.1.3	Uitzonderingen op de informatieplicht	155
3.4.2	De plicht de patiënt te behandelen	157
3.4.2.1	Doel van de behandelplicht	157
3.4.2.2	De inhoud van de behandeling	158
3.4.2.3	Uitzonderingen op de behandelplicht	165
3.4.3	De dossierplicht	166
3.4.3.1	Doel van de dossierplicht	166
3.4.3.2	De inhoud van het dossier	168
3.4.3.3	Uitzonderingen op de dossierplicht	171
3.4.4	De geheimhoudingsplicht	173
3.4.4.1	Doel van de geheimhoudingsplicht	173
3.4.4.2	De inhoud van het geheim	176

3.4.4.3	Uitzonderingen op de geheimhoudingsplicht	177
3.4.5	De plicht tot eerbiediging van het recht op privéleven in de behandelkamer	185
3.5	Signalering van knelpunten in verband met de rechtsverhouding en de verplichtingen	186
4	Grondslagen voor aansprakelijkheid van de arts en het ziekenhuis	191
4.1	Inleiding	191
4.2	Aansprakelijkheid van de arts en het ziekenhuis op de contractuele grondslag	193
4.2.0	Opmerkingen vooraf	193
4.2.1	Een tekortkoming van de arts of het ziekenhuis	193
4.2.1.1	Tekortkomen	193
4.2.1.2	De norm waaraan het handelen van de arts en het ziekenhuis wordt getoetst	197
4.2.1.3	Invulling van het goed hulpverlenerschap: de professionele standaard	198
4.2.1.4	Invulling en begrenzing van de professionele standaard	205
4.2.1.5	Illustraties van typen tekortkomingen	216
4.2.2	Het bewijs van de tekortkoming van de arts of het ziekenhuis	225
4.2.2.1	Stelplicht- en bewijslastverdeling	225
4.2.2.2	Een mogelijk probleem bij het leveren van het bewijs van de tekortkoming: de aard van de verbintenis	229
4.2.2.3	Een mogelijk probleem bij het leveren van het bewijs van de tekortkoming: onwetendheid van de patiënt	232
4.2.2.4	Het deskundigenbericht als bewijsmiddel	240
4.2.3	Toerekening van de tekortkoming	247
4.2.3.1	Schuld, verkeersopvattingen en wet	247
4.2.3.2	Toerekening krachtens schuld of verkeersopvattingen	248
4.2.3.3	Toerekening krachtens de wet	254
4.2.4	Uitsluiten of beperken van aansprakelijkheid van de arts of het ziekenhuis	277
4.3	Aansprakelijkheid van de arts en het ziekenhuis op de buitencontractuele grondslag	280
4.3.0	Opmerkingen vooraf	280
4.3.1	Een onrechtmatige daad van de arts of het ziekenhuis	281
4.3.1.1	Onrechtmatig gedrag	281

4.3.1.2	De norm waaraan het handelen van de arts en het ziekenhuis wordt getoetst	282
4.3.1.3	Illustraties van typen onrechtmatige daad	283
4.3.2	Het bewijs van de onrechtmatige daad van de arts of het zieken- huis	292
4.3.3	Toerekening van de onrechtmatige daad	293
4.3.4	Kwalitatieve aansprakelijkheden	295
4.3.4.1	De regels van de artikelen 6:170 BW, 6:171 BW, 6:173 BW, 6:174 BW en 6:175 BW	295
4.3.4.2	Kwalitatieve aansprakelijkheid van de arts en het ziekenhuis voor per- sonen	296
4.3.4.3	Kwalitatieve aansprakelijkheid van de arts en het ziekenhuis voor roe- rende zaken	300
4.3.4.4	Kwalitatieve aansprakelijkheid van de arts en het ziekenhuis voor opstallen	303
4.3.4.5	Kwalitatieve aansprakelijkheid van de arts en het ziekenhuis voor gevaarlijke stoffen	305
4.4	De grondslag voor de centrale aansprakelijkheid van het zieken- huis	307
4.4.0	Opmerkingen vooraf	307
4.4.1	Een fictieve grondslag	308
4.4.2	Het toepassingsbereik van artikel 7:462 BW	310
4.5	Signalering van knelpunten in verband met de grondslagen voor aan- sprakelijkheid	315
5	De grondslag voor aansprakelijkheid van de producent	319
5.1	Inleiding	319
5.2	Een risicoaansprakelijkheid ingevolge de wet als primaire grond- slag	321
5.3	De betekenis van de Richtlijn inzake de aansprakelijkheid voor produc- ten met gebreken	324
5.4	Het toepassingsbereik van de risicoaansprakelijkheid van de produ- cent	330
5.4.0	Opmerkingen vooraf	330
5.4.1	Het product	330
5.4.2	De producent	333
5.4.3	De gebrekkigheid	338
5.4.3.1	Het definiëren van een gebrek	338
5.4.3.2	Een uitwerking van de factoren die de gebrekkigheid bepalen	343

5.4.3.3	Het bewijs van het gebrek	364
5.4.4	De schade	370
5.4.4.1	Categorieën van schade	370
5.4.4.2	Schade door dood of lichamelijk letsel	372
5.4.4.3	Het bewijs van de schade	376
5.5	Bevrijdende verweren	376
5.6	Signalering van knelpunten in verband met de grondslag voor aansprakelijkheid	386
6	Causaal verband	389
6.1	Inleiding	389
6.2	Het condicio sine qua non-verband	391
6.2.0	Opmerkingen vooraf	391
6.2.1	Conditio sine qua non-verband als minimumvereiste	391
6.2.2	Conditio sine qua non-verband en meerdere aansprakelijkheid vestigende gebeurtenissen	394
6.2.3	Conditio sine qua non-verband en een oorzaak die de patiënt wordt toegerekend	405
6.3	Het bewijs van het condicio sine qua non-verband	416
6.3.0	Opmerkingen vooraf	416
6.3.1	Stelplicht- en bewijslastverdeling	416
6.3.2	Mogelijke problemen bij het leveren van het bewijs van het condicio sine qua non-verband	419
6.3.2.1	Onzekerheid over de invloed van de normschending op de schade	419
6.3.2.2	Onzekerheid over de keuze die de patiënt zou hebben gemaakt	423
6.3.2.3	Onzekerheid over de schadeveroorzaker bij meervoudige causaliteit	434
6.3.3	Het deskundigenbericht als bewijsmiddel	434
6.3.4	Handvatten om de bewijslast van het condicio sine qua non-verband te verlichten	435
6.3.4.1	De omkeringsregel	435
6.3.4.2	De regel van artikel 6:99 BW	445
6.3.5	Proportionele aansprakelijkheid als alternatief	452
6.3.5.1	Verschillende proportionele benaderingen	452
6.3.5.2	De proportionele benaderingen nader beschouwd	463
6.3.5.3	Wanneer welke proportionele benadering; de rekenmethoden	471
6.4	Toerekening naar redelijkheid	481
6.5	Signalering van knelpunten in verband met het causaal verband	488

7	Schadevergoeding en verjaring	491
7.1	Inleiding	491
7.2	Schade van de patiënt	493
7.2.0	Opmerkingen vooraf	493
7.2.1	Vaststellen van de omvang van de schade	493
7.2.2	Vermogensschade	497
7.2.2.1	Geleden verlies en gederfde winst	497
7.2.2.2	Vermogensschade bij wrongful birth en wrongful life	497
7.2.2.3	Buitengerechtelijke kosten	505
7.2.3	Nadeel dat niet in vermogensschade bestaat	507
7.3	Schade van bij de patiënt betrokken personen	518
7.3.0	Opmerkingen vooraf	518
7.3.1	Een inventarisatie van schadelijgende betrokken personen	519
7.3.2	Vermogensschade van direct betrokkenen en nabestaanden	520
7.3.2.1	Vermogensschade van direct betrokkenen bij letsel van de patiënt	520
7.3.2.2	Vermogensschade van nabestaanden bij overlijden van de patiënt	524
7.3.2.3	Vermogensschade van partner en kind bij wrongful birth en wrongful life	528
7.3.3	Ander nadeel van direct betrokkenen en nabestaanden	532
7.3.4	Shockschade van direct betrokkenen en nabestaanden	534
7.3.5	Ander nadeel van partner en kind bij wrongful birth en wrongful life	537
7.3.6	Schade van regresnemers	540
7.3.6.1	Schade van de werkgever	540
7.3.6.2	Schade van uitkeringsinstanties	541
7.4	Verjaring van de vordering	543
7.4.0	Opmerkingen vooraf	543
7.4.1	Verjaringstermijnen	543
7.4.1.1	Het wettelijk kader van verjaring	543
7.4.1.2	Vijfjaarstermijn	544
7.4.1.3	Twintigjaarstermijn	549
7.4.2	Stuiting van de verjaring	550
7.4.3	Verjaring bij productenaansprakelijkheid	553
7.5	Signalering van knelpunten in verband met schadevergoeding en verjaring	555

Deel III

8	Verhaal van zorggerelateerde schade in de praktijk	561
8.1	Inleiding	561
8.2	Het buitengerechtelijk traject	564
8.2.0	Opmerkingen vooraf	564
8.2.1	De belangenbehartiger in het buitengerechtelijk traject	564
8.2.1.1	De rol van de belangenbehartiger van de patiënt	564
8.2.1.2	De (waarborgen voor) kwaliteit van de belangenbehartiger	571
8.2.2	De beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar in het buitengerechtelijk traject	574
8.2.2.1	De rol van de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar van de hulpverlener	574
8.2.2.2	De (waarborgen voor) kwaliteit van de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar	580
8.2.3	De medisch adviseur in het buitengerechtelijk traject	582
8.2.3.1	De rol van de medisch adviseur	582
8.2.3.2	De (waarborgen voor) kwaliteit van de medisch adviseur	586
8.2.4	De medisch deskundige in het buitengerechtelijk traject	589
8.2.4.1	De rol van de medisch deskundige	589
8.2.4.2	De (waarborgen voor) kwaliteit van de medisch deskundige	592
8.2.5	De omgang met medische informatie in het buitengerechtelijk traject	593
8.2.5.1	Het belang van medische informatie en haar regelgeving	593
8.2.5.2	Opvragen, ter beschikking stellen, beoordelen, beheren, inzien, blokkeren en bewaren van medische informatie	596
8.2.6	De kosten van het buitengerechtelijk traject	613
8.2.6.1	De kosten van rechtsbijstand	613
8.2.6.2	De kosten van de medisch deskundige	616
8.2.7	Gerechtelijke procedures in het buitengerechtelijk traject	617
8.2.7.1	Het verzoek aan de rechter om een voorlopig deskundigenbericht te gelasten	617
8.2.7.2	Het verzoek aan de rechter om een deelgeschil te beslechten	626
8.3	De gerechtelijke bodemprocedure	635
8.3.0	Opmerkingen vooraf	635
8.3.1	Partijen in de bodemprocedure	635
8.3.1.1	De patiënt en zijn advocaat	635
8.3.1.2	De hulpverlener, de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar, de producent en hun advocaat	638

8.3.2	De civiele rechter in de bodemprocedure	642
8.3.2.1	De rol van de civiele rechter	642
8.3.2.2	De (waarborgen voor) kwaliteit van de civiele rechter	644
8.3.3	De medisch deskundige in de bodemprocedure	647
8.3.3.1	De rol van de gerechtelijk medisch deskundige	647
8.3.3.2	De (waarborgen voor) kwaliteit van de gerechtelijk medisch deskundige	658
8.3.4	De omgang met medische informatie in de bodemprocedure	662
8.3.5	De kosten van de bodemprocedure	669
8.4	Signalering van knelpunten in verband met het verhaal in de praktijk	673

Deel IV

9	De knelpunten nader beschouwd; een tussenbalans	679
9.1	Inleiding	679
9.2	Inventarisatie van de gesignaleerde knelpunten	679
9.3	Het opmaken van de balans en de beantwoording van de centrale vraag	687

Deel V

10	Alternatieven voor de huidige wijze van verhaal van zorggerelateerde schade	693
10.1	Inleiding	693
10.2	Alternatieven buiten Nederland	695
10.2.0	Opmerkingen vooraf	695
10.2.1	Een (no fault) patiëntenverzekeringssysteem	696
10.2.1.1	Het wettelijk kader van het Zweedse (no fault) patiëntenverzekeringssysteem	696
10.2.1.2	Verhaal van schade in de Zweedse praktijk	703
10.2.2	Een twee-sporensysteem met een no fault schadefonds	705
10.2.2.1	Het wettelijk kader van het Belgische twee-sporensysteem	705
10.2.2.2	Verhaal van schade in de Belgische praktijk	713
10.2.3	Een aansprakelijkheidssysteem met een praktijkstelsel van bemiddeling en arbitrage	716
10.2.3.1	Het wettelijk kader van het Oostenrijkse aansprakelijkheidssysteem	716
10.2.3.2	Verhaal van schade in de Oostenrijkse praktijk	723

10.2.4	Een aansprakelijkheidssysteem met een wettelijke verankering van bewijsvermoedens	725
10.2.4.1	Het wettelijk kader van het Duitse aansprakelijkheidssysteem	725
10.2.4.2	Verhaal van schade in de Duitse praktijk	729
10.2.5	Verschillen met Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW en het verhaal van zorggerelateerde schade in de praktijk	731
10.2.5.1	Enkele zorggerelateerde data als achtergrondinformatie	731
10.2.5.2	Verschillen betreffende het verhaal van schade	736
10.3	Alternatieven binnen Nederland	742
10.3.0	Opmerkingen vooraf	742
10.3.1	Het wetsvoorstel Wet cliëntenrechten zorg	743
10.3.1.1	Het wettelijk kader van het wetsvoorstel Wet cliëntenrechten zorg	743
10.3.1.2	Verhaal van schade in de voorgestelde praktijk	759
10.3.2	Aansprakelijkheid voor arbeidsgerelateerde schade	766
10.3.2.1	Het wettelijk kader inzake aansprakelijkheid voor arbeidsgerelateerde schade	766
10.3.2.2	Verhaal van schade in de arbeidspraktijk	773
10.3.3	Aansprakelijkheid voor verkeersgerelateerde schade	778
10.3.3.1	Het wettelijk kader inzake aansprakelijkheid voor verkeersgerelateerde schade	778
10.3.3.2	Verhaal van schade in de verkeerspraktijk	784
10.3.4	Verschillen met Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW en het verhaal van zorggerelateerde schade in de praktijk	787
10.4	Beschouwing	790

Deel VI

11	Waardering van de alternatieven en aanbevelingen	797
11.1	Inleiding	797
11.2	Waardering van alternatieven die uitgaan van een no fault systeem	798
11.3	Waardering van de alternatieven die uitgaan van een op fout gebaseerde aansprakelijkheid	805
11.4	Waardering van de alternatieven die uitgaan van een andere inrichting van de praktijk van schadeafwikkeling	816
11.5	Aanbevelingen	821
11.5.0	Opmerkingen vooraf	821
11.5.1	Aanbeveling I: een herverdeling van de bewijslast	821
11.5.2	Aanbeveling II: een medische kamer bij één gerecht	824

11.5.3	Aanbeveling III: vermoeden van een normschending als sanctie op het niet vastleggen van de aard en toedracht van een calamiteit en/of incident	826
11.5.4	Aanbeveling IV: een wettelijke basis voor protocollering	829
11.5.5	Aanbeveling V: vermoeden van afwezigheid van toestemming bij schending van de informatieplicht	830
11.5.6	Aanbeveling VI: waarborgen ter verbetering van de kwaliteit van de belangenbehartiger, de medisch adviseur en de medisch deskundige	831
11.5.7	Aanbeveling VII: opstellen van een Gedragscode Behandeling Medische Zaken	832
11.5.8	Aanbeveling VIII: uitbreiding beschermingsreikwijdte Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW	833
11.6	Slotbeschouwing, tevens eindconclusie	834
	Samenvatting	839
	Summary	851
	Geraadpleegde literatuur	863
	Register geraadpleegde jurisprudentie	903
	Overzicht geraadpleegde Kamerstukken	957
	CURRICULUM VITAE	965
	Dankwoord	967
	Trefwoordenregister	969

LIJST VAN GEBRUIKTE AFKORTINGEN

AA	Ars Aequi
aant.	aantekening
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
ABRvS	Afdeling Bestuursrechtspraak Raad van State
Abw	Algemene bijstandswet
ActiZ	ActiZ organisatie van zorgondernemers
A-G	advocaat-generaal
AKW	Algemene Kinderbijslagwet
AMK	Advies- en Meldpunt Kindermishandeling
Anw	Algemene nabestaandenwet
AOW	Algemene Ouderdomswet
Arbowet	Arbidsomstandighedenwet 1998
ASP	Advocaten voor Slachtoffers van Personenschade
A&V	Tijdschrift Aansprakelijkheid en Verzekering
AVL	Anthonie van Leeuwenhoek ziekenhuis
AV&S	Tijdschrift Aansprakelijkheid, Verzekering & Schade
Awb	Algemene wet bestuursrecht
AWBZ	Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten
AZR	AWBZ-brede Zorgregistratie
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
Biogeneeskundeoverdrag	Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de waardigheid van het menselijk wezen met betrekking tot de toepassing van de biologie en de geneeskunde
BJJI	Beginnelsenwet justitiële jeugdinrichtingen
Bmh	Besluit medische hulpmiddelen
BMJ	British Medical Journal
B.S.	Belgisch Staatsblad
Bvt	Beginnelsenwet verpleging terbeschikkinggestelden
BW	Burgerlijk Wetboek
CAO	collectieve arbeidsovereenkomst
CBG	College ter beoordeling van Geneesmiddelen
Centramed	Onderlinge Waarborgmaatschappij Centramed BA
CGR	Stichting Code Geneesmiddelenreclame

LIJST VAN GEBRUIKTE AFKORTINGEN

CIBG	Centraal Informatiepunt Beroepen Gezondheidszorg
CBB	College van Beroep voor het Bedrijfsleven
CBO	Centraal BegeleidingsOrgaan
CBP	College Bescherming Persoonsgegevens
CPL	classification, labeling and packaging
CRvB	Centrale Raad van Beroep
CTG	Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg
CTG	Cardio Toco Grafie
CT-scan	Computertomografie scan
DBC	Diagnosebehandelcombinatie
diss.	Dissertatie
DOT	DBC's Op weg naar Transparantie
EcieRM	Europese Commissie voor de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden
EEG	Europese Economische Gemeenschap
EER	Europese Economische Ruimte
EG	Europese Gemeenschappen
EHRC	European Human Rights Cases
EHRM	Europees Hof voor de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden
EMGO	EMGO ⁺ Institute for Health and Care Research
EP	Europees Parlement
EPD	Elektronisch Patiëntendossier
ESC	Economisch en Sociaal Comité
EU	Europese Unie
e.v.	en verder
EVO	Europese Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst
EVRM	Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden
FJR	Tijdschrift voor familie- jeugdrecht
GAV	Nederlandse Vereniging van Geneeskundig Adviseurs in particuliere Verzekeringszaken
GBL	Gedragscode Behandeling Letselschade
GGD	Gemeentelijke of Gemeenschappelijke Gezondheidsdienst
GGZ	Geestelijke Gezondheidszorg Nederland
GJ	Gezondheidszorg Jurisprudentie
Gmw	Geneesmiddelenwet

GOMA	Gedragscode Openheid medische incidenten; betere afwikkeling Medische Aansprakelijkheid
Gw	Grondwet
Handvest EU	Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie
HARM	Hospital admissions related to medication
HR	Hoge Raad der Nederlanden
HvJEG	Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen
HvJEU	Hof van Justitie van de Europese Unie
ICT	Informatie- en communicatietechnologie
IGZ	Inspectie voor de Gezondheidszorg
IWMD	Interdisciplinaire Werkgroep Medisch Deskundigen
JA	Jurisprudentie Aansprakelijkheid
JAR	Jurisprudentie Arbeidsrecht
JBPr	Jurisprudentie Burgerlijk Procesrecht
KAG	Keuringsraad Aanprijzing Gezondheidsproducten
KB	Koninklijk Besluit
KG	Kort Geding
KiFid	Klachteninstituut Financiële dienstverlening
KNMG	Koninklijke Nederlandsche Maatschappij tot bevordering der Geneeskunst
KOAG	Keuringsraad Openlijke Aanprijzing Geneesmiddelen
Kwz	Kwaliteitswet zorginstellingen
LJN	Landelijk jurisprudentie nummer
LÖF	Landstingens Ömsesidiga Försäkringsbolag
losbl.	losbladig
L&S	Tijdschrift Letsel & Schade
LRGD	Stichting Landelijk Register van Gerechtelijke Deskundigen
LSA	Vereniging van Letselschade Advocaten
LSP	Landelijk Schakelpunt
MAS	Medisch adviseur voor slachtoffers
MAW	Militaire Ambtenarenwet
MC	Medisch Contact
MediRisk	Onderlinge Waarborgmaatschappij MediRisk BA
met nt.	met noot van
MIP	meldingen incidenten patiëntenzorg
MJA	meerjarenafspraken
MRI-scan	Magnetic Resonance Imaging scan
MvA	Memorie van Antwoord
MvT	Memorie van Toelichting

LIJST VAN GEBRUIKTE AFKORTINGEN

MvV	Maandblad voor Vermogensrecht
Ned Tijdschr Geneesk.	Nederlands Tijdschrift voor Geneeskunde
Ned Tijdschr Klin Chem	Nederlands Tijdschrift voor Klinische Chemie
NIS	Nederlands Instituut van Schaderegelaars
NIVEL	Nederlands Instituut voor onderzoek van de gezondheidszorg
NIVRE	Nederlands Instituut Van Register Experts
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristenblad
NJCM-bulletin	bulletin van het Nederlands Juristen Comité voor de Mensen- rechten
NJF	Nederlandse Jurisprudentie Feitenrechtspraak
NJkort	Nederlandse Jurisprudentie in verkorte uitgave
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NKI	Nederlands Kankerinstituut
NOvA	Nederlandse Orde van Advocaten
NP	Nieuwsbrief Personenschade
NP/CF	Nederlandse Patiënten/Consumenten Federatie
NPT	nasofaryngeale tube
nr.	nummer
NRGD	Nederlands register gerechtelijk deskundigen
NTBR	Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht
NtEr	Nederlands tijdschrift voor Europees recht
NTvG	Nederlands Tijdschrift voor Geneeskunde
NZa	Nederlandse Zorgautoriteit
OGH	Oberste Gerichtshof
OM	Openbaar Ministerie
ONIAM	Office national d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales
ORMED	stichting Opleiding en Registratie van Medisch Deskundigen
p.	pagina
par.	paragraaf
Parl. Gesch.	Parlementaire Geschiedenis
Parl. St.	Parlementaire Stukken (België)
PbEG	Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen
PbEU	Publicatieblad van de Europese Unie
Pbw	Penitenciaire beginselenwet
P-G	procureur-generaal
PIP	Poly Implant Prothèse

PIV	Stichting Personenschade Instituut van Verzekeraars
PSR	Patientskadereglering AB
RGa	Register Geneeskundig Adviseur
RIZIV	Rijksinstituut voor ziekte- en invaliditeitsverzekering
RJJI	Reglement justitiële jeugdinrichtingen
rov.	rechtsoverweging
RTG	Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg
Rv	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
RvdW	Rechtspraak van de Week
RvT	Raad van Toezicht
RVV	Reglement Verkeersregels en Verkeerstekens
RVZ	Raad voor Volksgezondheid en de Zorg
SBV-Z	Sectorale Berichtenvoorziening in de Zorg
SEK	Zweedse kronen
SER	Sociaal-Economische Raad
SFS	Svensk Författningssamling
SGC	Stichting Geschillencommissies voor consumentenzaken
SOU	Statens offentliga utredningar
Sr	Wetboek van Strafrecht
Stcrt.	Staatscourant
Stb.	Staatsblad
Sv	Wetboek van Strafvordering
TCR	Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging
TGMA	Tijdschrift voor Gezondheidsschade Milieuschade en Aansprakelijkheidsrecht
Trb.	Tractatenblad
Trema	Tijdschrift voor de Rechterlijke Macht
TvC	Tijdschrift voor consumentenrecht en handelspraktijken
TvGr	Tijdschrift voor Gezondheidsrecht
TVP	Tijdschrift voor Vergoeding Personenschade
TvPr	Tijdschrift voor Privaatrecht
UWV	Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen
VGN	Vereniging Gehandicaptenzorg Nederland
VIM	veilig incident melden
VvAA	Vereniging voor Arts en Auto
Vo	Verordening
VOA	Verhaalswet Ongevallen Ambtenaren
VR	Verkeersrecht
VU	Vrije Universiteit

LIJST VAN GEBRUIKTE AFKORTINGEN

Vumc	VU medisch centrum
VwEU	Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie
VWS	Volksgezondheid, Welzijn en Sport
WAA	Werkgroep Artsen Advocaten
Wafz	Wet afbreking zwangerschap
Wajong	Wet arbeidsongeschiktheidsvoorziening jonggehandicapten
WAM	Wet aansprakelijkheidsverzekering motorrijtuigen
WAO	Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering
Wbp	Wet bescherming persoonsgegevens
Wcam	Wet collectieve afwikkeling massaschade
Wcz	Wet cliëntenrechten zorg
Wet BIG	Wet op de Beroepen in de individuele gezondheidszorg
Wet BOPZ	Wet bijzondere opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen
Wet kkgz	Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg
WFR	Weekblad Fiscaal Recht
Wft	Wet op het financieel toezicht
WGBO	Wet op de Geneeskundige Behandelingsovereenkomst
WIA	Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen
Wibv	Wet inzake bloedvoorziening
WKCZ	Wet Klachtrecht Cliënten Zorgsector
WLB	Wet op de Lijkbezorging
WMCZ	Wet Medezeggenschap Cliënten Zorginstellingen
Wmg	Wet marktordening gezondheidszorg
Wmh	Wet medische hulpmiddelen
WMO	Wet medisch wetenschappelijk onderzoek met mensen
Wob	Wet openbaarheid van bestuur
WODC	Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum
WOG	Wet op de Geneesmiddelenvoorziening
WOK	Centre for Quality of Care Research
Wpg	Wet publieke gezondheid
WPNR	Weekblad Privaatrecht, Notariaat en Registratie
WPR	Wet Persoonsregistraties
Wrb	Wet op de rechtsbijstand
Wtlvhz	Wet toetsing levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding
WTZi	Wet Toelating Zorginstellingen
Wubhv	Wet uitbreiding bestuurlijke handhaving volksgezondheidwetgeving
Wvkl	Wet veiligheid en kwaliteit lichaamsmateriaal

LIJST VAN GEBRUIKTE AFKORTINGEN

WVW	Wegenverkeerswet
WW	Werkloosheidswet
WWB	Wet Werk en Bijstand
ZBC	zelfstandig behandelcentrum
Zvw	Zorgverzekeringswet
ZW	Ziektewet

1 INLEIDING

1.1 HET ONDERZOEK

Uit onderzoek blijkt dat in een fors aantal gevallen in de zorg vermijdbare schade wordt veroorzaakt en dat slechts in een fractie van de gevallen waarin waarschijnlijk een aanspraak op vergoeding van schade bestaat, daadwerkelijk tot verhaal van die schade wordt overgegaan. Het is denkbaar dat hieraan meerdere oorzaken ten grondslag liggen, maar uit toenemende media-aandacht kan worden opgemaakt dat het verhalen van dergelijke schade door de patiënt als ingewikkeld, zeer problematisch, tijdrovend en kostbaar wordt ervaren en dat om die reden wordt afgezien van verhaal.¹

Een en ander roept de vraag op welke knelpunten het civiele aansprakelijkheidsrecht kent als het om het verhaal van zorggerelateerde schade gaat en hoe deze (of nieuwe) knelpunten zich manifesteren in het proces dat moet worden gevolgd om het verhaal te effectueren.²

-
- 1 Zie voor voorbeelden uitzending Tros Radar 10 september 2007; uitzending Zembla 8 februari 2009; Volkskrant, 'Medisch missers slecht vergoed', 2 april 2010; Consumentengids, 'Medische missers', juli/augustus 2011; uitzending De Vijfde Dag 10 mei 2012; F. Glissenaar, 'Medische schadeafhandeling, verzekerd van ellende', *Vrij Nederland* 1 september 2012; uitzending Tros Radar 1 oktober 2012; J.M. Barendrecht, 'Medische aansprakelijkheid; een ziek systeem dat beter kan', 6 oktober 2012, gepubliceerd op <www.socialevraagstukken.nl> en de reactie daarop van F.T. Kremer, directeur PIV, evenals NRC Handelsblad, 'De dokter maakt wel vaker een fout', 5 december 2012. Zie dit bevestigd in de rapporten van Stichting De Ombudsman, Letselschaderegeling 'Onderhandelen met het mes op tafel, of een zoektocht naar de redelijkheid', 2003 en Over leven in de medische letselschadepraktijk, 2008, evenals in het rapport van de Tweede externe onderzoekscommissie MST, Heel de patiënt – Het handelen van de beroepsmatig betrokkenen na het vertrek van een disfunctionerende medisch specialist, 2010, p. 57-58 en het onderzoeksrapport van J.L. Smeehuijzen, K.A.P.C. van Wees, A.J. Akkermans, J. Legemaate, S. van Buschbach en J.E. Hulst (VU Amsterdam), Opvang en schadeafwikkeling bij onbedoelde gevolgen van medisch handelen, 2013, p. 94-96 en 104.
 - 2 Zie over de drempels van het civiele aansprakelijkheidsrecht als mogelijke oorzaak voor het geringe aantal patiënten dat verhaal haalt ook J. Legemaate, *Wikken en wegen* (oratie Amsterdam) 2011, opgenomen in de oratiebundel *Gezondheidsrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2012, p. 428; A.J. Akkermans, Enkele praktijkervaringen met empirisch juridisch onderzoek op het snijvlak van gezondheid en recht, in W.H. van Boom, I. Giesen en M. Smit, *Civilologie: opstellen over empirie en privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012, p. 99-100, evenals J.L. Smeehuijzen en A.J. Akkermans, 'Medische aansprakelijkheid: over grote problemen haalbare verbeteringen en overschatte revoluties', Preadvies Vereniging voor Gezondheidsrecht, Den Haag: Sdu Uitgevers 2013, p. 18-19, gepresenteerd op 19 april 2013. Op de wijze waarop de preadviseurs zich (op deze pagina's) hebben uitgedrukt werd overigens enige kritiek geuit door T.F.E. Tjong Tjin Tai in diens coreferaat dat op dezelfde dag werd gepresenteerd. De kritiek betreft vooral de conclusie dat het recht tekort zou schieten als een patiënt geen volledige vergoeding krijgt. Volgens Tjong Tjin Tai schiet *het recht* alleen tekort als door onwenselijke drempels in het recht een procedure achterwege wordt gelaten. Zie voor een voorbeeld van een zaak waarin de rechter zich uitliet over het tekortschieten van het recht bij medische aansprakelijkheid Rechtbank Rotterdam 14 maart 2012, *LJN* BV9542.

Wanneer de aangetroffen obstakels (mede) de problematiek rondom het verhaal van schade zouden kunnen verklaren, dan is het vervolgens de vraag welke alternatieven een oplossing kunnen bieden.

Het boek dat voorligt, vormt het verslag van een onderzoek naar de antwoorden op deze vragen. Aan de hand van nationale en Europese wetgeving, nationale en Europese rechtspraak en literatuur worden het civiele aansprakelijkheidsrecht en de procedure tot verhaal van zorggerelateerde schade beschreven, geanalyseerd en op knelpunten onderzocht. Aan de hand van buitenlandse en nationale wetgeving, rechtspraak en literatuur betreffende andere wijzen van verhaal van schade worden tevens mogelijke alternatieven beschreven en geanalyseerd. Het onderzoek is daarmee klassiek juridisch (kwalitatief) van aard: een systematische analyse van wetgeving, rechtspraak en literatuur.

Ter onderbouwing van de relevantie van het onderzoek volgt hierna een korte inventarisatie van de cijfermatige omvang van zorggerelateerde schade.³ Voorts volgt een inventarisatie van het aantal patiënten met een potentiële vordering en van het aantal patiënten dat verhaal haalt.

1.2 ENKELE CIJFERS

In Nederland vinden jaarlijks zeer veel geneeskundige behandelingen plaats, zowel binnen de muren van een ziekenhuis als daarbuiten. In 2004 werden bijvoorbeeld 1,3 miljoen zieke personen van één jaar of ouder een of meer keren ten minste 24 uur opgenomen in één van de Nederlandse ziekenhuizen,⁴ hadden 13 miljoen personen minimaal één keer contact met de huisarts en gingen 12,7 miljoen personen minstens één keer naar de tand-

3 Zie voor een zelfde analyse van een deel van de cijfers J.L. Smeehuijzen, K.A.P.C. van Wees, A.J. Akkermans, J. Legemaate, S. van Buschbach en J.E. Hulst (VU Amsterdam), *Opvang en schadeafwikkeling bij onbedoelde gevolgen van medisch handelen*, 2013, p. 5-9.

4 M.C. de Bruijne e.a., *Onbedoelde schade in Nederlandse ziekenhuizen*, Amsterdam/Utrecht: EMGO en NIVEL 2007, p. 14 en 22. Het onderzoek zag op verrichtingen van cosmetische aard, noch op verrichtingen in verband met een abortus, zwangerschap of psychiatrische aandoening (p. 20, 22 en 75 van het onderzoek en bevestigd door M.C. de Bruijne per e-mail d.d. 3 april 2012). Het aantal opgenomen 'zieken' betreft bijna 8% van de bevolking: op 1 januari 2004 telde Nederland 16,3 miljoen inwoners, aldus het Centraal Bureau voor de Statistiek, *Statistisch kwartaalblad over de demografie van Nederland*, Jaargang 52 – 1e kwartaal 2004, Heerlen/Voorburg 2004. Het aantal opnames in ziekenhuizen inclusief dagopnames, maar exclusief behandeling zonder opname bedroeg in 2004 2,9 miljoen, zo volgt uit informatie van het Centraal Bureau voor de Statistiek. Voorts werden in dat zelfde jaar personen geneeskundig behandeld door een vrijgevestigd arts of binnen de muren van een psychiatrisch ziekenhuis, een zelfstandig behandelcentrum (ZBC) of een privékliniek.

arts.⁵ Vier jaar later, in 2008, bleek het aantal zieke personen van één jaar en ouder dat in dat jaar ten minste 24 uur in een ziekenhuis was opgenomen net boven de 1,3 miljoen te liggen,⁶ hadden 13,5 miljoen personen minimaal één keer contact met de huisarts en gingen 12,8 miljoen personen minimaal één keer naar de tandarts.⁷ Deze cijfers zijn anno 2013 niet (veel) veranderd.⁸ Het aantal personen dat een arts of ziekenhuis bezoekt, zal met de groei en de vergrijzing van de bevolking waarschijnlijk zelfs toenemen.⁹

Bij een aanzienlijk deel van de verrichte geneeskundige behandelingen wordt schade veroorzaakt. Uit onderzoek van bijvoorbeeld het EMGO⁺ Institute for Health and Care Research en het Nederlands Instituut voor onderzoek van de gezondheidszorg (EMGO/NIVEL) naar onbedoelde schade in ziekenhuizen bleek dat van de 1,3 miljoen zieke personen die in 2004 ten minste 24 uur in een ziekenhuis werden opgenomen, 5,7% te maken kreeg met ‘onbedoelde’ of ‘zorggerelateerde’ schade en dat van diezelfde groep 2,3% te maken kreeg met potentieel ‘vermijdbare’ of ‘vermijdbare zorggerelateerde’ schade.¹⁰ Met de term ‘zorggerelateerd’ wordt door de onderzoekers van het EMGO/NIVEL tot uitdrukking gebracht dat de schade is veroorzaakt door de zorg en niet door de onderliggende aandoening van de persoon. Met ‘onbedoelde’ schade bedoelen zij schade die is ontstaan door het (niet) handelen van een zorgverlener en/of zorgsysteem en met ‘vermijdbare’ schade wordt bedoeld zorggerelateerde schade die (mede) is ontstaan door het niet handelen volgens de professionele standaard door een zorgverlener of door tekortkomingen van het zorgsysteem.¹¹ Een nieuwe meting in 2008 leerde dat, ondanks gerichte verbeterinitiatieven,¹² het percentage zorggerelateerde schade significant gestegen was van 5,7%

-
- 5 Nationaal Kompas Volksgezondheid, Centraal Bureau voor de Statistiek en R.A. Verheij e.a., Landelijk Informatienetwerk Huisartsenzorg – Feiten en cijfers over huisartsenzorg in Nederland, Utrecht/Nijmegen: NIVEL/WOK 2006.
 - 6 M. Langelaan e.a., Monitor Zorggerelateerde schade 2008, Amsterdam/Utrecht: EMGO en NIVEL 2010, p. 21. Het aantal opnames inclusief dagopnames, maar exclusief behandeling zonder opname is ten opzichte van 2004 gestegen tot 3,3 miljoen. Dit wordt veroorzaakt door een hoger aantal dagopnames.
 - 7 Centraal Bureau voor de Statistiek: cijfers betreffende het thema gezondheid en welzijn.
 - 8 Zie het Centraal Bureau voor de Statistiek: cijfers betreffende het thema gezondheid en welzijn.
 - 9 Zie in die zin ook M. Langelaan e.a., Monitor Zorggerelateerde schade 2008, Amsterdam/Utrecht: EMGO en NIVEL 2010, p. 21. Het aantal dagopnames in ziekenhuizen blijft stijgen, zo blijkt uit de cijfers van het Centraal Bureau voor de Statistiek.
 - 10 M.C. de Bruijne e.a., Onbedoelde schade in Nederlandse ziekenhuizen, Amsterdam/Utrecht: EMGO en NIVEL 2007, p. 14 en M. Langelaan e.a., Monitor Zorggerelateerde schade 2008, Amsterdam/Utrecht: EMGO en NIVEL 2010, p. 67. De term ‘zorggerelateerd’ wordt door M. Langelaan e.a. (EMGO/NIVEL) gebruikt waar door M.C. de Bruijne e.a. (EMGO/NIVEL) de term ‘onbedoeld’ wordt gehanteerd. Zie voor de conclusies ook Onderzoeksraad voor veiligheid, Veiligheid in perspectief, Den Haag, januari 2013, p. 14-21.
 - 11 M.C. de Bruijne e.a., Onbedoelde schade in Nederlandse ziekenhuizen, Amsterdam/Utrecht: EMGO en NIVEL 2007, p. 14 en 29.
 - 12 Er werd door het EMGO/NIVEL een monitorstudie Patiëntveiligheid gestart naar aanleiding van de cijfers uit 2004. Voorts werd het initiatief genomen tot een landelijk veiligheidsprogramma ‘Voorkom schade, werk veilig’, zie <www.vmszorg.nl>, <www.ingz.nl> en IGZ, Veiligheidsindicatoren 2010-2012 – Toezicht op het

naar 8,0%. Het percentage potentieel vermijdbare zorggerelateerde schadegevallen in ziekenhuizen was gelijk gebleven.¹³ In absolute zin gaat het om ongeveer 74.000 in ziekenhuizen opgenomen zieke personen die in 2004 te maken kregen met zorggerelateerde schade en om ruim 104.000 in ziekenhuizen opgenomen zieke personen die in 2008 te maken kregen met zorggerelateerde schade. Bij ongeveer 30.000 (in 2004) tot ongeveer 38.600 (in 2008) zieke personen had de schade kunnen worden voorkomen.¹⁴ Het gaat dus om een fors aantal schadegevallen, mede in aanmerking genomen dat de onderzoeken uit 2004 en 2008 geen betrekking hadden op personen die buiten een regulier ziekenhuisverband geneeskundig werden behandeld. Tot de onderzoeksgroep behoorden voorts niet kinderen jonger dan één jaar, personen die in verband met een bevalling, abortus of cosmetische wens een ziekenhuis bezochten en personen die minder dan 24 uur waren opgenomen of een poliklinische behandeling in een ziekenhuis ondergingen.¹⁵ Het is echter aannemelijk dat ook binnen die groepen personen met zorggerelateerde schade worden geconfronteerd. Bekend is bijvoorbeeld dat 5% van de door het EMGO/NIVEL totaal gesignaleerde (maar niet gepubliceerde) zorggerelateerde schade in 2004 betrekking had op gynaecologische verrichtingen. Het betrof 3.800 personen waarvan de helft, 1.900 personen, te maken kreeg met vermijdbare zorggerelateerde schade.¹⁶ Voorts is uit in 2006 gepubliceerd onderzoek bekend dat jaarlijks 5,6% van alle acute ziekenhuisopnames een relatie heeft met een geneesmiddel, doorgaans het onjuist voorschrijven ervan. Van deze geneesmiddelgerelateerde opnames wordt 46% door de onderzoekers als vermijdbaar beoordeeld. Geëxtrapoleerd naar heel Nederland betekent dit 41.000 geneesmiddelgerelateerde ziekenhuisopnames

Veiligheidsprogramma 'Voorkom schade, werk veilig', Utrecht, december 2010. De resultaten worden in (november) 2013 verwacht.

- 13 Van de zorggerelateerde schade in 2004 was circa 40% potentieel vermijdbaar en in 2008 was sprake van een kleine daling tot ongeveer 37%. Deze daling is ontstaan, doordat de niet-vermijdbare zorggerelateerde schade meer is gestegen dan de vermijdbare zorggerelateerde schade. Zie voor het onderzoek M. Langelaan e.a., *Monitor Zorggerelateerde schade 2008*, Amsterdam/Utrecht: EMGO en NIVEL 2010, p. 67. Zie voor mogelijke verklaringen voor de uitblijvende verlaging van het percentage zorggerelateerde schadegevallen M. Langelaan e.a., *Monitor Zorggerelateerde schade 2008*, Amsterdam/Utrecht: EMGO en NIVEL 2010, p. 14, 53, 75 en 76. Zie voor mogelijke verklaringen ook C.Y. Lu en E. Roughead, 'Determinants of patient-reported medication errors: a comparison among seven countries', *The International Journal of Clinical Practice*, juli 2011, p. 733-740 en M. Babović, 'Zorgcoördinatie zorgelijk', 4 juli 2011, te lezen op de website van de KNMG <www.knmg.artsennet.nl>.
- 14 M.C. de Bruijne e.a., *Onbedoelde schade in Nederlandse ziekenhuizen*, Amsterdam/Utrecht: EMGO en NIVEL 2007, p. 14, 30 en 38. Zie voor een vergelijkbaar onderzoek in de Verenigde Staten L.T. Kohn e.a., *To Err is Human: Building a safer health system*, USA, National Academy of Sciences, 2000. Zie ook Onderzoeksraad voor veiligheid, *Veiligheid in perspectief*, Den Haag, januari 2013, p. 14-21.
- 15 Zie voor de afbakening van het onderzoek M.C. de Bruijne e.a., *Onbedoelde schade in Nederlandse ziekenhuizen*, Amsterdam/Utrecht: EMGO en NIVEL 2007, p. 20, 22 en 27.
- 16 Informatie M.C. de Bruijne, Senior researcher Patient Safety Research Center 'Safety 4 Patients', EMGO Institute – Vumc d.d. 3 april 2012.

en 19.000 vermijdbare geneesmiddelgerelateerde ziekenhuisopnames per jaar.¹⁷ Gezien alle cijfers is het mijns inziens realistisch dat jaarlijks (minimaal) 110.000 tot 150.000 personen worden geconfronteerd met zorggerelateerde schade.

Dit aantal komt overeen met cijfers van onderzoek uit 1999 naar het aantal personen dat werd geconfronteerd met schade als gevolg van een ‘medisch ongeval’.¹⁸ De onderzoeker schatte dat aantal destijds op 100.000 tot 150.000. De term ‘medisch ongeval’ in dit onderzoek omvat zowel medische fouten als ongevallen waarbij (nog) niet duidelijk is of er een fout is gemaakt. De term is vergelijkbaar met wat het EMGO en het NIVEL duiden als een gebeurtenis met ‘onbedoelde’ (waaronder mede begrepen ‘vermijdbare’) zorggerelateerde schade.

De enkele aanwezigheid van ‘zorggerelateerde schade’, in de context waarbinnen het begrip door het EMGO en het NIVEL is gebruikt (te weten in het kader van kwaliteitsbeleid in de gezondheidszorg), impliceert niet dat in al deze gevallen een recht op vergoeding van schade bestaat. Ook het gehanteerde begrip ‘vermijdbare zorggerelateerde schade’ is niet louter maatgevend, omdat in de juridische context afwijkende criteria worden gehanteerd als het gaat om een recht op schadevergoeding; er is een recht op vergoeding als de schade kan worden afgewenteld op een voor die schade aansprakelijke persoon.¹⁹ Desalniettemin ligt in de door de onderzoekers van het EMGO/NIVEL gehanteerde definitie van ‘vermijdbare zorggerelateerde schade’ zorggerelateerde schade die (mede) is ontstaan door *het niet handelen volgens de professionele standaard* door een zorgverlener of door *tekortkomingen van het zorgsysteem* – een aanwijzing voor de aanname dat in een noemenswaardig aantal gevallen van vermijdbare zorggerelateerde schade ook een aanspraak op een vergoeding bestaat.²⁰ Een goede grond voor afwenteling van schade is immers verwijtbaar onjuist handelen, oftewel niet handelen volgens de professionele standaard of anderszins tekortschietend of onrechtmatig handelen. Uit de hiervoor gepresenteerde cijfers is bekend dat

17 Hospital admissions related to medication (HARM), Een prospectief, multicenter onderzoek naar geneesmiddel gerelateerde ziekenhuisopnames, Division of Pharmacoepidemiology & Pharmacotherapy, Utrecht Institute for Pharmaceutical Sciences, 2006.

18 W.C.T. Weterings, Vergoeding van letselschade en transactiekosten: Een kwalitatieve en kwantitatieve analyse, Deventer: Tjeenk Willink 1999, p. 15, 16 en 23.

19 Zie voor het opmerken van het verschil ook J. Legemaate, Wikken en wegen (oratie Amsterdam) 2011, opgenomen in de oratiebundel Gezondheidsrecht, Den Haag: Sdu Uitgevers 2012, p. 428. Het verschil tussen vermijdbare schadegevallen en het aantal gevallen waarin een vordering bestaat, werd tevens benadrukt door T.F.E. Tjong Tjin Tai in zijn coreferaat bij het preadvies van J.L. Smeehuijzen en A.J. Akkermans, ‘Medische aansprakelijkheid: over grote problemen haalbare verbeteringen en overschatte revoluties’, Preadvies Vereniging voor Gezondheidsrecht, Den Haag: Sdu Uitgevers 2013. Zie voor het definiëren van het begrip ‘medische fout’ ook R.W.M. Giard, ‘De epidemiologie van medische fouten: enkele methodologische kwesties’, NTvG 2005;149:2157-62.

20 Overigens wordt nog opgemerkt dat de onderzoekers in 2004 spreken van vermijdbare schade waar zij zich in 2008 wat genuanceerder uitdrukken door de toevoeging ‘potentieel’.

het aantal vermijdbare zorggerelateerde schadegevallen 50.900 is.²¹ Omdat het gezien de reikwijdte van de onderzoeken waarschijnlijk is dat niet alle zorggerelateerde schadegevallen bekend zijn, is vermoedelijk ook sprake van een nog onbekend aantal vermijdbare zorggerelateerde schadegevallen. Het is mijns inziens dan ook aannemelijk dat het totaal aantal personen dat jaarlijks geconfronteerd wordt met zorggerelateerde schade én een potentiële vordering heeft om en nabij de 50.000 ligt, een schatting die ook uit ouder onderzoek blijkt.

Bedoeld onderzoek betreft het eerder genoemde onderzoek uit 1999.²² Van de 100.000 tot 150.000 personen met schade had volgens dit onderzoek 50 tot 60% een potentiële vordering tot vergoeding van schade. In absolute aantallen hebben volgens dit onderzoek naar schatting dus jaarlijks 50.000 tot 90.000 personen een potentiële vordering wegens zorggerelateerde schade. Er is volgens de onderzoeker sprake van een potentiële vordering wanneer er een gerede kans bestaat dat (een deel van) de vordering wordt toegewezen door de rechter op basis van het civiele aansprakelijkheidsrecht.²³

In schril contrast daarmee staat het aantal ingestelde vorderingen; navraag bij toonaangevende beroepsaansprakelijkheidsverzekeraars leert dat er jaarlijks slechts 1.600 vorderingen worden ingediend.²⁴ Uitgaande van een geschat aantal van 50.000 personen met een potentiële vordering op jaarbasis is het percentage ingestelde vorderingen 3,2.²⁵ Van de ingediende vorderingen wordt circa 40% buiten rechte voldaan.²⁶

21 De som van 30.000 vermijdbare schadegevallen, 1.900 vermijdbare schadegevallen betreffende gynaecologische verrichtingen en 19.000 vermijdbare ziekenhuisopnames wegens verkeerde medicatie.

22 W.C.T. Weterings, Vergoeding van letselschade en transactiekosten: Een kwalitatieve en kwantitatieve analyse, Deventer: Tjeenk Willink 1999, p. 15, 16 en 23.

23 W.C.T. Weterings, Vergoeding van letselschade en transactiekosten: Een kwalitatieve en kwantitatieve analyse, Deventer: Tjeenk Willink 1999, p. 15, 16 en 23.

24 Bij de Onderlinge Waarborgmaatschappij Centramed BA (Centramed) werden in 2006 413, in 2007 371, in 2008 350, in 2009 406, in 2010 404 en in 2011 490 vorderingen ingediend: bericht per e-mail van directeur Centramed mevrouw B. Stam, d.d. 9 januari 2012. Dat uit de cijfers blijkt dat het aantal claims toeneemt, behoeft nuance. Het aantal leden (zorginstellingen) groeit jaarlijks en Centramed heeft te maken gehad met een uitzonderlijk dossier van een en dezelfde arts dat ongeveer 150 claims in de afgelopen twee jaar heeft opgeleverd. Bij de Onderlinge Waarborgmaatschappij MediRisk BA (MediRisk) werden in diezelfde periode steeds tussen de 1.100 en 1.200 vorderingen ingediend: bericht de heer M. Spies, Manager Schadebehandeling MediRisk d.d. 20 februari 2012. Daarbij zij opgemerkt dat een serieschade als één claim wordt beschouwd.

25 Een vergelijkbaar percentage – 3% – blijkt uit Amerikaans onderzoek: D.M. Studdert e.a., 'Negligent care and malpractice claiming behaviour in Utah and Colorado', *Medical Care* 2000, vol. 38(3), p. 250-260 en E.J. Thomas e.a., Incidence and types of adverse events and negligent care in Utah and Colorado, *Medical Care* 2000, vol. 38(3), p. 261-271.

26 Informatie van MediRisk over 2011 d.d. 13 april 2012: 53% van de zaken is afgewezen, 38% is erkend en 9% van de zaken is ingetrokken. Informatie van Centramed over de periode 2006-2010 d.d. 13 april 2012: van de in 2006-2010 954 afgesloten claims werden er 404 toegewezen (42%). Zie voor vergelijkbare, doch oudere informatie (2.400 vorderingen, 40% toegewezen) J.C.J. Dute, M.G. Faure en H. Koziol, Onderzoek No-fault compensatiesysteem, Reeks evaluatie regelgeving deel 13, Den Haag: Zonmw 2002, p. 187.

Hoewel het percentage ingestelde vorderingen moet worden bijgesteld, omdat in een aantal gevallen de vordering zonder tussenkomst van de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar wordt afgedaan door de hulpverlener of door de producent van een medisch hulpmiddel wordt afgewikkeld, doen de gepresenteerde cijfers aldus vermoeden dat in relatief weinig zorggerelateerde schadegevallen waarin mogelijk een deugdelijke aanspraak op schadevergoeding bestaat, een vordering daartoe wordt ingediend.²⁷ Bovendien blijkt in minder dan de helft van de ingediende vorderingen buiten rechte een vergoeding te volgen. De relevantie van het onderhavige onderzoek is hiermee gegeven.

1.3 OPZET VAN HET ONDERZOEK

Het verslag van het onderzoek bestaat uit zes delen. In het eerste deel wordt geanalyseerd welke plaats het verhaal van schade via het civiele aansprakelijkheidsrecht inneemt ten opzichte van andere acties die een gedupeerde patiënt ten dienste staan wanneer hij is geconfronteerd met zorggerelateerde schade (Deel I). Een beroep op het civiele aansprakelijkheidsrecht wordt vergeleken met andere juridische acties, zoals het indienen van een klacht bij de hulpverlener, een onafhankelijke instantie of de tuchtrechter en het doen van aangifte met het oog op strafvervolgning door het Openbaar Ministerie.

De verkenning van de juridische verhouding tussen de hulpverlener en de patiënt, van de juridische grondslagen voor het verhaal van zorggerelateerde schade, van het verband tussen zorgverlening en schade en van de aard en omvang van de schade die voor vergoeding in aanmerking kan komen, vindt plaats in de hoofdstukken 3 tot en met 7 (Deel II). Zij gebeurt aan de hand van een beschrijving en analyse van het civiele aansprakelijkheidsrecht en toepasselijke Europese regelgeving. De gedachtevorming vindt voornamelijk plaats in de ‘signalering van knelpunten’, waarmee elk hoofdstuk wordt afgesloten. De signaleringen hebben het doel knelpunten binnen het civiele aansprakelijkheidsrecht die een verklaring kunnen zijn voor de belemmeringen voor het verhaal van zorggerelateerde schade, in kaart te brengen.

Het onderzoek naar het proces dat moet worden gevolgd om het verhaal te effectueren (de toepassing van het recht), wordt in hoofdstuk 8 verricht (Deel III). Het hoofdstuk bestaat uit een beschrijving en analyse van de bij het verhaal in de praktijk betrokken (rechts)personen en de toepasselijke nationale en Europese wetgeving. Het hoofdstuk wordt afgesloten met een ‘signalering van knelpunten’. Ook deze signalering heeft het doel

²⁷ Zie in die zin ook J.L. Smeehuijzen, K.A.P.C. van Wees, A.J. Akkermans, J. Legemaate, S. van Buschbach en J.E. Hulst (VU Amsterdam), *Opvang en schadeafwikkeling bij onbedoelde gevolgen van medisch handelen*, 2013, p. 5-9.

knelpunten die een verklaring kunnen zijn voor de belemmeringen voor het verhaal van zorggerelateerde schade, in kaart te brengen.

De tussenbalans wordt opgemaakt in hoofdstuk 9 (Deel IV), in welk hoofdstuk de gesignaleerde knelpunten worden geïnventariseerd. Indachtig de onderzoeksvraag wordt vervolgens bezien of de aangetroffen obstakels (mede) de problematiek rondom het verhaal van zorggerelateerde schade zouden kunnen verklaren. Omdat de vraag bevestigend wordt beantwoord, is het vervolgens de vraag welke alternatieven een oplossing kunnen bieden. Met het oog op de beschrijving van alternatieven in het volgende hoofdstuk, wordt hoofdstuk 9 afgesloten met een opsomming van de meest belangrijke knelpunten die een oplossing behoeven.

Het onderzoek naar alternatieven om de grootste obstakels weg te nemen, of te overkomen, vindt plaats in hoofdstuk 10 (Deel V). Nederland is niet het enige land dat te kampen heeft gehad met problemen rondom het verhaal van zorggerelateerde schade en andere landen hebben daarvoor zo hun eigen maatregelen getroffen. Zo is in sommige landen gekozen voor een *no fault* systeem. Andere landen hebben gekozen voor een aanpassing op onderdelen van het civiele aansprakelijkheidsrecht. Als eerste worden daarom het (*no fault*) patiëntenverzekeringssysteem van Zweden, het twee-sporensysteem met een (*no fault*) schadevergoedingsfonds van België en de civiele aansprakelijkheidssystemen van Oostenrijk en Duitsland geanalyseerd.²⁸ In hetzelfde hoofdstuk vindt ook een onderzoek plaats naar alternatieven die binnen Nederland kunnen worden gevonden. In Nederland is reeds een aanvang gemaakt met de versterking van de rechtspositie van de patiënt door met dat doel een wetsvoorstel te ontwerpen: het wetsvoorstel Wet cliëntenrechten zorg. Voor de hand ligt dan ook een beschrijving en analyse van dit wetsvoorstel, ondanks dat is gebleken dat het wetsvoorstel in zijn oorspronkelijke vorm geen doorgang vindt en als zodanig dus geen bestaand alternatief biedt. Het wetsvoorstel blijft gezien zijn doel immers van belang voor de gedachtevorming over mogelijke verbeteringen van het verhaal van zorggerelateerde schade. Bovendien zal een deel van de bepalingen ten grondslag komen te liggen aan nieuwe wetsvoorstellen die een wijziging van de rechtspositie van de patiënt beogen.²⁹ Een van die nieuwe wetsvoorstellen betreft het recent gepresenteerde wetsvoorstel

28 Zie voor de rechtsstelsels van Oostenrijk, België, Duitsland en Zweden Bernhard A. Koch e.a., *Medical Liability in Europe: A comparison of Selected Jurisdictions*, Berlijn/Boston: Walter de Gruyter GmbH & Co.KG 2011, p. 1-60, 61-96, 233-289 en 525-546. Zie voor België ook H. Bocken e.a., *Vergoeding van slachtoffers van medische ongevallen: praktijkgerichte analyse van de wet van 31 maart 2010*, Antwerpen-Cambridge: Intersentia 2011.

29 Kamerstukken II 2009/10, 32402, nr. 1 (KB) en nr. 2 (Voorstel van Wet). Zie voor wijzigingen Kamerstukken II 2011/12, 33243, nr. 1 (KB) en nr. 2 (Voorstel van Wet) en Kamerstukken II 2012/2013, 33509, nr. 1 (KB) en nr. 2 (Voorstel van Wet). Zie voorts Kamerstukken II 2012/13, 32620, nr. 78 (Brief van de Minister van VWS) en de daarbij behorende bijlagen 1, 2a, 2b en 2c. Uit deze Kamerstukken blijkt van het voornemen

Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg, de ‘doorstart’ van in het bijzonder de klachten- en geschillenregeling uit het wetsvoorstel Wet cliëntenrechten zorg.³⁰ Gezien het veronderstelde belang van dit voorstel voor de afwikkeling van schade, wordt ook dit voorstel beschreven en geanalyseerd. Voor de hand ligt voorts een beschrijving en analyse van de wijze waarop slachtoffers van andersoortige gebeurtenissen hun schade moeten verhalen. Onderzocht wordt dan ook hoe het verhaal door slachtoffers van arbeidsongevallen en slachtoffers met verkeersgerelateerde schade in Nederland is geregeld.

Het sluitstuk van dit onderzoek wordt gevormd door de beantwoording van de vraag of de knelpunten kunnen worden weggenomen door één of meer van de geanalyseerde alternatieven en zo neen, welke aanpassingen dan een significante bijdrage zouden kunnen leveren aan het verhaal van zorggerelateerde schade (Deel VI).

tot een beperking van de Wcz tot een regeling van klachten en geschillen en van het voornemen tot een wijziging van verschillende andere wetten, waaronder het Burgerlijk Wetboek, voor zover betrekking hebbende op de relatie hulpverlener-patiënt. Zie eveneens in die zin de brief aan de Eerste Kamer d.d. 19 maart 2013, Kamerstukken I 2012/13, 32402, nr. A (Brief van de Minister van VWS) en de daarbij behorende bijlage 1, evenals de brief aan de Tweede Kamer d.d. 19 maart 2013, Kamerstukken II 2012/13, 32402, nr. 11 (Brief van de Minister van VWS) en de daarbij behorende bijlage 1.

30 Kamerstukken II 2012/13, 32402, nr. 12 (Derde Nota van wijziging), bij brief van 15 april 2013 aangeboden aan de Tweede Kamer, evenals de toelichting op de wijziging.

DEEL I

2 DE PATIËNT EN EEN INCIDENT BIJ EEN GENEESKUNDIGE BEHANDELING; EEN VERKENNING

2.1 INLEIDING

Zoals hiervoor werd geschetst, rijst het vermoeden dat in relatief weinig gevallen waarin een fout is gemaakt, een vergoeding van schade – in de zin van financieel nadeel en ondervonden leed – wordt gevorderd en blijkt minder dan de helft van de ingediende vorderingen tot een vergoeding door de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar te leiden.¹ Mede in verband met de negatieve mediaberichten over de mogelijkheid om verhaal te halen, riep dit de vraag op welke obstakels het civiele aansprakelijkheidsrecht kent en welke obstakels worden aangetroffen bij de toepassing van het recht. Een onderzoek hiernaar vindt plaats in Deel II en III. Omdat verhaal van schade echter niet op zichzelf staat, maar slechts een van de mogelijke acties is die een gedupeerde patiënt kan ondernemen, wordt hierna eerst onderzocht hoe het civiele aansprakelijkheidsrecht zich tot andere juridische mogelijkheden verhoudt. Dit deel van het onderzoek is van belang, omdat patiënten wellicht alternatieven hebben om schade vergoed te krijgen of om anderszins in hun behoeften te voorzien en deze alternatieven van invloed kunnen zijn op het aantal ingediende vorderingen via het civiele aansprakelijkheidsrecht.

Het hoofdstuk vangt aan met een uitleg van hetgeen in dit onderzoek wordt verstaan onder een incident en wat in dit onderzoek wordt bedoeld met schade (par. 2.2). Vervolgens wordt in kaart gebracht wat de mogelijke behoeften van de patiënt zijn, nadat hij met een incident en schade is geconfronteerd (par. 2.3). Een van die behoeften is compensatie voor financieel nadeel en ondervonden leed. Het civiele aansprakelijkheidsrecht heeft een compensatiefunctie en om die reden wordt vervolgens kort uiteengezet hoe het civiele

1 Zie de in hoofdstuk 1, par. 1.2 getrokken conclusie naar aanleiding van de onderzoeken uit 2004 en 2008 (EMGO/NIVEL) en de ingekomen cijfers van Centramed en MediRisk. Zie ook W.C.T. Weterings, Vergoeding van letselschade en transactiekosten: Een kwalitatieve en kwantitatieve analyse, Deventer: Tjeenk Willink 1999, p. 15, 16 en 23, evenals de Stichting De Ombudsman, Over leven in de medische letselschadepraktijk, 2008, p. 10; J.L. Smeehuijzen en A.J. Akkermans, 'Medische aansprakelijkheid: over grote problemen haalbare verbeteringen en overschatte revoluties', Preadvies Vereniging voor Gezondheidsrecht, Den Haag: Sdu Uitgevers 2013, p. 16-18 en J.L. Smeehuijzen, K.A.P.C. van Wees, A.J. Akkermans, J. Legemaate, S. van Buschbach en J.E. Hulst (VU Amsterdam), Opvang en schadeafwikkeling bij onbedoelde gevolgen van medisch handelen, 2013, p. 5-9.

aansprakelijkheidsrecht in een vergoeding kan voorzien (par. 2.4). Daarop volgend worden verschillende vormen van klachtrecht, het tuchtrecht en de mogelijkheid van strafvervolgning in kaart gebracht en vergeleken met het civiele aansprakelijkheidsrecht. Bezien wordt of deze juridische acties voordelen bieden en in welke behoeften zij voorzien (par. 2.5).

Het hoofdstuk wordt afgesloten met een beschouwing van de juridische acties en de plaats die het civiele aansprakelijkheidsrecht inneemt (par. 2.6).

2.2 SCHADE NA EEN INCIDENT BIJ DE GENEESKUNDIGE BEHANDELING

Zorggerelateerde schade impliceert een gebeurtenis tijdens het zorgproces, doorgaans geduid als een ‘incident’. Incidenten worden, in overeenstemming met de op het gebied van de gezondheidszorg gangbare definitie, in dit onderzoek gedefinieerd als *onbedoelde gebeurtenissen tijdens het zorgproces die tot schade aan de patiënt hebben geleid, hadden kunnen leiden of (nog) zouden kunnen gaan leiden*.²

In de definitie van ‘incident’ bij een geneeskundige behandeling staat de patiënt centraal, maar dat neemt niet weg dat ook bij de patiënt betrokken derden schade kunnen lijden als gevolg van het incident dat de patiënt is overkomen. Voorts kunnen anderen dan de patiënt en de bij hem betrokken personen door een onbedoelde gebeurtenis tijdens het zorgproces schade lijden. In deze laatstbedoelde gevallen wordt evenwel niet gesproken van een incident.

Bij ‘anderen’ die tijdens het zorgproces schade kunnen lijden door een onbedoelde gebeurtenis, kan bijvoorbeeld worden gedacht aan *werknemers* in dienst van een ziekenhuis. De gebeurtenis wordt dan aangeduid als een ‘arbeidsongeval’ of als een ‘beroepsziekte’. Bekende voorbeelden van arbeidsongevallen betreffen de verpleegster die in de ziekenhuisgang uitgleed over een injectienaald,³ en de activiteitenbegeleidster die een openslaande deur tegen zich aan kreeg als gevolg van een gebrekkige inrichting van zorginstelling De Lozerhof.⁴ Voor-

2 Zie voor het gebruik van de definitie M.C. de Bruijne e.a., *Onbedoelde schade in Nederlandse ziekenhuizen*, Amsterdam/Utrecht: EMGO en NIVEL 2007; C. Wagner e.a., *Oorzaken van incidenten en onbedoelde schade in ziekenhuizen*, Amsterdam/Utrecht: EMGO en NIVEL 2008 en De Letselschaderaad, *Gedragscode Openheid Medische incidenten; betere afwikkeling Medische Aansprakelijkheid (GOMA)*, derde druk, Den Haag, maart 2012.

3 HR 10 december 1999, *NJ* 2000, 211, met nt. P.A. Stein.

4 HR 5 november 2004, *NJ* 2005, 215. Zie voor een voorbeeld betreffende een verplichte verzekering tegen beroepsrisico's inherent aan het werken met patiënten: Gerechtshof Leeuwarden 11 januari 2011, *LJN* BP1174. Zie voor een voorbeeld van de aansprakelijkheid van een orthopsychiatrische jeugdinstelling voor de schade die een sociotherapeut leed door een trap van een patiënt Rechtbank Utrecht 18 april 2013, *LJN* BZ7982.

beelden van beroepsziekten die onder artsen voorkomen, zijn aandoeningen door een ongunstige werkhouding, latexallergie en aandoeningen door blootstelling aan schadelijke geneeskundige stoffen (bijvoorbeeld kanker remmende geneesmiddelen en narcosegassen⁵).⁶ Loopt de werknemer schade op bij de uitoefening van zijn werkzaamheden en kan het ziekenhuis daarvan een verwijt worden gemaakt, dan zal het ziekenhuis als werkgever aansprakelijk zijn voor de schade die de werknemer daardoor lijdt.⁷

Bij ‘anderen’ die tijdens het zorgproces schade kunnen lijden door een onbedoelde gebeurtenis, kan voorts worden gedacht aan *bezoekers* van een opgenomen patiënt. Ook zij kunnen uitglijden over een natte vloer, een deur tegen zich aan geslagen krijgen of besmet raken met een (ziekenhuis)bacterie of virus. De gebeurtenis wordt dan aangeduid als een ‘ongelukkige samenloop van omstandigheden’ of als een ‘onrechtmatige daad’. Het hangt van de omstandigheden van het geval af of het ziekenhuis aansprakelijk is voor de schade van de bezoeker. Daartoe dient een beoordeling plaats te vinden op basis van het juridisch kader van de onrechtmatige daad.⁸

De patiënt kan tijdens het zorgproces op meerdere manieren ‘schade’ lijden.⁹ In de meeste gevallen leidt behandeling door een arts tot het opheffen van of verbeteren van de slechte gezondheidssituatie die de reden was de arts te bezoeken. In sommige gevallen leidt de geneeskundige behandeling echter tot een (verdere) verslechtering van de gezondheidstoestand. Daarnaast is het mogelijk dat de patiënt schade lijdt door verlies of beschadiging van zaken, bijvoorbeeld door verduistering of diefstal van persoonlijke bezittingen.

Dit onderzoek ziet op schade ‘aan de patiënt’ door een onbedoelde gebeurtenis tijdens het zorgproces. Buiten het onderzoek valt dan ook zaaksschade; het betreft immers geen schade

5 Zie voor een voorbeeld Rechtbank 's-Gravenhage 21 mei 2008, *LJN* BE8800 (blootstelling aan Entonox).

6 Informatie van het Nederlands Centrum voor Beroepsziekten, zie <www.ncvb.nl>.

7 Zie voor aansprakelijkheid van de werkgever jegens werknemers Y. Waterman, *De aansprakelijkheid van de werkgever voor arbeidsongevallen en beroepsziekten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009 en S.D. Lindenbergh, *Arbidsongevallen en beroepsziekten, Monografieën Privaatrecht 13*, Deventer: Kluwer 2009.

8 Zie voor vergelijkbare voorbeelden ten aanzien van de criteria ter beoordeling van een onrechtmatige daad Gerechtshof Arnhem 26 mei 2009, *JA* 2009, 120, met nt. P.J. Klein Gunnewiek (aansprakelijkheid benzinepompouder voor vallende bezoeker); Gerechtshof Arnhem 10 maart 2009, *LJN* BH7777 (aansprakelijkheid Albert Heijn voor val bezoeker) en Gerechtshof Arnhem 28 november 2000, *LJN* AA9006 (aansprakelijkheid gemeente voor val bezoeker in een parkeergarage).

9 Zie over het begrip schade ook E.F.D. Engelhard en G.E. van Maanen, *Aansprakelijkheid voor schade: contractueel en buitencontractueel, Monografieën BW, A15*, Deventer: Kluwer 2008, p. 2-3. Zie voor schade in de zin van gevolgen en cijfers S. Kruijkemeier e.a., *Ervaringen van mensen met klachten over de gezondheidszorg*, Utrecht: NIVEL 2009, p. 46.

‘aan de patiënt’. Schade ‘aan de patiënt’ betreft wel de verslechterde gezondheidssituatie, in de zin van lichamelijk letsel, geestelijk letsel, of een aantasting van het zelfbeschikkingsrecht.

Een voorbeeld van lichamelijk letsel is de stembandzenuwbeschadiging bij een schildklieroperatie.¹⁰ Een voorbeeld van geestelijk letsel is de posttraumatische stressstoornis door een traumatisch verlopen bevalling.¹¹ Een voorbeeld van de aantasting van het zelfbeschikkingsrecht is het geval waarin een zwangere patiënt onvoldoende is geïnformeerd over afwijkingen aan de foetus die zij draagt en daardoor niet voor een abortus heeft kunnen kiezen.¹²

Onder ‘schade’ wordt – in het bijzonder door juristen – tevens verstaan *het gevolg* van de verslechterde gezondheidssituatie of de aantasting van het zelfbeschikkingsrecht, zoals financieel nadeel en/of ondervonden leed (bijvoorbeeld vermindering van levensvreugde, pijn en verdriet), doorgaans ‘vermogensschade’ respectievelijk ‘immateriële schade’ of ‘ander nadeel’ genoemd.¹³ Het onderscheid tussen schade ‘aan de patiënt’ en gevolgschade doet theoretisch aan en is een kwestie van perspectief: een medicus kijkt naar de fysieke aandoening of beperking en de jurist kijkt naar de gevolgen. In veel gevallen echter zal de fysieke aandoening met het gevolg samenvallen. Hierna zal de term ‘schade’ dan ook worden gebruikt voor beide vormen van schade.

Schade kan ontstaan door een onbedoelde gebeurtenis tijdens het zorgproces, door de onderliggende fysieke aandoening van de patiënt en/of door toedoen van de patiënt. Onderwerp van verhaal van schade is de schade als gevolg van een onbedoelde gebeurtenis tijdens het zorgproces welke schade niet zou zijn opgetreden als de gebeurtenis was uitgebleven, ‘zorggerelateerde schade’ dus.¹⁴ Schade als gevolg van de onderliggende aandoening van de patiënt of door zijn toedoen – ter onderscheiding in dit verband ‘patiëntgerelateerde schade’ genoemd – valt hierbuiten. Patiëntgerelateerde schade kan echter wel van invloed zijn op de omvang van de te verhalen schade.¹⁵

De aanwezigheid van zorggerelateerde schade betekent niet dat de arts of het ziekenhuis tijdens het zorgproces een fout heeft gemaakt. Indachtig de definitie van incident kan schade ontstaan door zowel een ‘complicatie’ als een ‘fout’ van de arts of het ziekenhuis.

10 Rechtbank Amsterdam 11 augustus 2010, *LJN* BP0743.

11 Rechtbank Arnhem 30 januari 1997, *NJkort* 1997, 20 en Rechtbank Maastricht 22 maart 2006, *LJN* AV7273.

12 HR 18 maart 2005, *NJ* 2006, 606, met nt. J.B.M. Vranken (Baby Kelly).

13 Zie voor een uitwerking van deze schade hoofdstuk 7, par. 7.2.2 en 7.2.3.

14 Zie in die zin ook M. Langelaan e.a., *Monitor Zorggerelateerde schade* 2008, Amsterdam/Utrecht: EMGO en NIVEL 2010.

15 Zie over de invloed van een fysieke aandoening of toedoen van de patiënt hoofdstuk 6, par. 6.2.3.

Onder een complicatie wordt doorgaans verstaan een onbedoelde en ongewenste gebeurtenis of toestand tijdens of volgend op medisch specialistisch handelen, die voor de gezondheid van de patiënt zodanig nadelig is dat aanpassing van het medisch (be)handelen noodzakelijk is dan wel dat sprake is van onherstelbare schade.¹⁶ Pas als de arts of het ziekenhuis een verwijt van het ontstaan van de schade kan worden gemaakt, wordt gesproken van een (medische, beroeps-, of kunst-)fout.¹⁷ Er is bijvoorbeeld een onjuiste beslissing genomen, terwijl er voldoende kennis, kunde en tijd was om de juiste beslissing te nemen. Ook een incorrecte uitvoering van een correcte procedure is een voorbeeld van een fout.¹⁸ Voorts kan in enkele gevallen schade ontstaan door een (veiligheids)gebrek in een medisch hulpmiddel, zoals een implantaat of prothese, en is mogelijk de producent degene die (mede) verantwoordelijk is voor de zorggerelateerde schade.¹⁹

Blindheid na een ingreep aan het oog van de patiënt bijvoorbeeld werd als een complicatie aangemerkt en niet als een fout.²⁰ Hetzelfde gold voor het aanprikken van de rechter hartkamer bij een pericardpunctie (verwijdering vocht uit een hartzakje),²¹ de omstandigheid dat een geactiveerde probe (medisch product) in contact kwam met het voorste gewrichtskapsel, waardoor letsel ontstond bij een enkeloperatie,²² en de uitval van de nervus peroneus (kuitbeenzenuw) door een postoperatieve zwelling.²³ Het te laat ontdekken van een complicatie kan echter onder omstandigheden wel als fout worden aangemerkt, zo blijkt uit de rechtspraak.²⁴

Het feit dat de arts of het ziekenhuis (of in enkele gevallen de producent) een fout heeft gemaakt, betekent overigens niet zonder meer dat er schade ontstaat. Veelal leidt een fout

16 Definitie die door de Orde van Medisch Specialististen wordt gehanteerd, zie bijvoorbeeld Orde van Medisch Specialististen, MJA-project complicatieregistraties. Plan van aanpak complicatieregistratie in het kader van de meerjarenaafspraken (MJA) ten behoeve van de wetenschappelijke verenigingen van erkende specialismen, Utrecht 2002. Zie voorts P.J. Marang-van de Mheen en J. Kievit, 'Geautomatiseerde registratie van complicaties door heelkundige afdelingen in Nederland: huidige stand van zaken', *NTvG* 2003;147:1273-1277.

17 Zie ook I.P. Michiels van Kessenich-Hoogendam, Beroepsfouten, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 1.

18 Zie ook T.W.J. Schulpens c.s., 'Complicatie of fout', *MC* 4 november 2005 (60) nr. 44, p. 1751-1753 en R.W.M. Giar, 'De epidemiologie van medische fouten: enkele methodologische kwesties', *NTvG* 2005;149:2157-62.

19 Zie bijvoorbeeld Rechtbank 's-Hertogenbosch 15 juni 2005, *LJN* AT7382; Rechtbank 's-Hertogenbosch 15 juni 2005, *JBPr* 2005, 75, met nt. J.S. Kortmann en Gerechtshof 's-Hertogenbosch 28 augustus 2007, *LJN* BB2385.

20 Rechtbank Rotterdam 15 juli 2009, *LJN* BJ3702.

21 Gerechtshof Amsterdam 27 december 2011, *LJN* BU9560.

22 Rechtbank Arnhem 24 oktober 2012, *LJN* BY2815.

23 Rechtbank Amsterdam 9 januari 2013, *LJN* BZ5540.

24 Zie voor een voorbeeld Rechtbank Utrecht 6 oktober 2010, *LJN* BN9618.

eerst tot schade, indien meerdere processen ter voorkoming van gezondheidsschade hebben gefaald.²⁵

2.3 BEHOEFTE NA EEN INCIDENT

De patiënt, geconfronteerd met een incident, zal zich in eerste instantie afvragen wat hij heeft, wat de gevolgen zijn en of het nog te verhelpen is. Kennisachterstand, onzekerheid en onmacht maken dat de patiënt behoefte heeft aan informatie, zo leert onderzoek naar de behoeften van slachtoffers.²⁶ ‘Informatie’ kan worden omschreven als omgevingsstimuli die ertoe bijdragen dat de patiënt zich een adequaat beeld kan vormen van de situatie waarin hij onbedoeld is terecht gekomen.²⁷ Informatie kan de patiënt verkrijgen via de media, zoals internet, *social media*, televisie en radio, of door het aanvragen van een second opinion. Belangrijker is echter dat de patiënt de benodigde informatie van de behandelend arts verkrijgt, mede vanwege de morele steun die van een persoonlijk gesprek uitgaat of zou moeten gaan.²⁸ Bovendien willen patiënten dat, als ‘*het fout is gegaan*’, dit door de arts persoonlijk wordt toegegeven (zonder dat overigens daarmee hoeft vast te staan dat de

25 Zie ter illustratie hiervoor het ‘gatenkaasmodel’ van James Reason, ‘Human error: models and management’, *BMJ* 2000; 320:768. Zie ook C. Wagner e.a., Oorzaken van incidenten en onbedoelde schade in ziekenhuizen, Amsterdam/Utrecht: EMGO en NIVEL 2008, p. 15 en R.W.M. Giard, ‘De epidemiologie van medische fouten: enkele methodologische kwesties’, *NTvG* 2005;149:2157-62.

26 R.M.E. Huver e.a., Slachtoffers en aansprakelijkheid, Deel I: Terreinverkenning, Amsterdam, Vrije Universiteit, WODC, Den Haag 2007, p. 28 en 50; S. Kruikemeier e.a., Ervaringen van mensen met klachten over de gezondheidszorg, Utrecht: NIVEL 2009, p. 8; A.J. Akkermans en K.A.P.C. van Wees, ‘Het letselschadeproces in therapeutisch perspectief’, *TVP* 2007, nr. 4, p. 103-118; K.A.P.C. van Wees, A.J. Akkermans, R.M.E. Huver en N.A. Elbers, ‘Meer dan geld alleen. Resultaten van een onderzoek naar behoeften, verwachtingen en ervaringen van slachtoffers en hun naasten met betrekking tot het civiele aansprakelijkheidsrecht’, *AA* 56 (2007) 11, p. 852-861 en J.L. Smeehuijzen, K.A.P.C. van Wees, A.J. Akkermans, J. Legemaate, S. van Buschbach en J.E. Hulst (VU Amsterdam), *Opvang en schadeafwikkeling bij onbedoelde gevolgen van medisch handelen*, 2013, p. 10-12 met verwijzing naar internationale literatuur, waaronder C. Duclos e.a., ‘Patient perspectives of patient-provider communication after adverse events’, *International Journal for Quality in Health Care* 2005, vol. 17, no. 6, p. 479-486 en E. O’Connor e.a., ‘Disclosure of patient safety incidents: a comprehensive review’, *International Journal for Quality in Health Care* 2010, vol. 22, no. 5, p. 371-379. Zie voor dezelfde conclusie J.L. Smeehuijzen en A.J. Akkermans, *Medische aansprakelijkheid: over grote problemen, haalbare verbeteringen en overschatten revoluties*, Preadvies Vereniging voor Gezondheidsrecht, Den Haag: Sdu Uitgevers 2013, p. 24.

27 R.W.M. Giard, *Aansprakelijkheid van artsen* (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, p. 132.

28 S. Kruikemeier e.a., *Ervaringen van mensen met klachten over de gezondheidszorg*, Utrecht: NIVEL 2009, p. 8. Zie ook De Letselschaderaad, *Gedragscode Openheid Medische incidenten; betere afwikkeling Medische Aansprakelijkheid (GOMA)*, derde druk, Den Haag maart 2012, p. 6 en J.L. Smeehuijzen, K.A.P.C. van Wees, A.J. Akkermans, J. Legemaate, S. van Buschbach en J.E. Hulst (VU Amsterdam), *Opvang en schadeafwikkeling bij onbedoelde gevolgen van medisch handelen*, 2013, p. 10-12. Zie voorts R. Iedema e.a., ‘Patients’ and family members’ views on how clinicians enact and how they should enact incident disclosure: “the 100 patient stories” qualitative study’, *BMJ* 2011; 343:d4423 aangaande de wensen van patiënten en naasten over de wijze van informatie en een aantal effectieve beginselen voor open communicatie.

arts het fout heeft *gedaan*).²⁹ Hoewel de impact die het op de arts heeft zijn patiënt te moeten vertellen dat hij mogelijk schade teweeg heeft gebracht (en daartoe dus verschillende drempels ervaart), niet mag worden onderschat,³⁰ mag dit geen reden zijn om de patiënt niet te informeren, te summier te informeren of verkeerd te informeren.³¹ Achterwege laten van informatie biedt de arts geen soelaas: de ervaring leert dat het niet zozeer een (mogelijke) fout van de arts is die de patiënt boos maakt, als wel de manier waarop de arts na het incident met informatieverstrekking is omgegaan.³² Informatie en steun zijn dus cruciaal en het uitblijven ervan vormt veelal het begin van een situatie waarin de arts niet

29 R.M.E. Huver e.a., *Slachtoffers en aansprakelijkheid, Deel I: Terreinverkenning*, Amsterdam, Vrije Universiteit, WODC, Den Haag 2007, p. 29 en 50; J.L. Smeehuijzen, K.A.P.C. van Wees, A.J. Akkermans, J. Legemaate, S. van Buschbach en J.E. Hulst (VU Amsterdam), *Opvang en schadeafwikkeling bij onbedoelde gevolgen van medisch handelen*, 2013, p. 10-12 en 79 en J. Legemaate, 'Recht op informatie over fouten van artsen', *TVP* 2007, nr. 1, p. 1-4. Zie voor dezelfde conclusie J.L. Smeehuijzen en A.J. Akkermans, *Medische aansprakelijkheid: over grote problemen, haalbare verbeteringen en overschatten revoluties*, Preadvies Vereniging voor Gezondheidsrecht, Den Haag: Sdu Uitgevers 2013, p. 24. Zie voor een voorbeeld RTG Amsterdam 12 april 2011, *LJN* YG1155.

30 Zie over de invloed op de arts bijvoorbeeld CBO Kwaliteitsinstituut voor de gezondheidszorg, *Dit nooit meer*, Utrecht 2009 en L. de Vries, 'Dit nooit meer, maar hoe dan?', *MC* 25 februari 2010 (65), nr. 8, p. 350-351. Zie ook J.L. Smeehuijzen en A.J. Akkermans, 'Medische aansprakelijkheid: over grote problemen haalbare verbeteringen en overschatten revoluties', Preadvies Vereniging voor Gezondheidsrecht, Den Haag: Sdu Uitgevers 2013, p. 23 over de impact op de arts wanneer hij een fout blijkt te hebben gemaakt, evenals J.L. Smeehuijzen, K.A.P.C. van Wees, A.J. Akkermans, J. Legemaate, S. van Buschbach en J.E. Hulst (VU Amsterdam), *Opvang en schadeafwikkeling bij onbedoelde gevolgen van medisch handelen*, 2013, p. 13, 19-23 met verwijzing naar internationale literatuur, waaronder G.E. Linthorst e.a., 'What contributes to internists' willingness to disclose medical errors?', *The Netherlands Journal of Medicine (special article)*, juni 2012, vol. 70, no. 5, p. 242-248; R. Iedema, 'What prevents incident disclosure and what can be done to promote it?', *The Joint Commission Journal on Quality and Patient Safety* 2011, vol. 3, no. 9, p. 409-417 en L.C. Kaldjian, 'An empirically derived taxonomy of factors affecting physicians' willingness to disclose medical errors', *Journal of General Internal Medicine* 2006, vol. 21, no. 9, p. 942-948.

31 Door beroepsaansprakelijkheidsverzekeraars wordt aan communicatie over een fout steeds meer aandacht besteed, zie bijvoorbeeld de op 27 maart 2012 in première gegane film 'Met lood in de schoenen', een initiatief van Centramed. Dat niet informeren toch nog praktijk is – veelal uit angst – blijkt uit het VvAA-trendonderzoek onder zorgaanbieders, *Wat geldt(t) in de zorg?*, derde editie oktober 2011, p. 10. Zie in gelijke zin J.J.M. van Dijk en F. van Mierlo, Leemten in de slachtofferhulpverlening: Resultaten van een verkennend, kwalitatief onderzoek onder verschillende categorieën gedupeerden van ingrijpende gebeurtenissen, Tilburg 2009, p. 114 en J.L. Smeehuijzen, K.A.P.C. van Wees, A.J. Akkermans, J. Legemaate, S. van Buschbach en J.E. Hulst (VU Amsterdam), *Opvang en schadeafwikkeling bij onbedoelde gevolgen van medisch handelen*, 2013, p. 15-18 met verwijzing naar internationale literatuur waaronder E. O'Connor e.a., 'Disclosure of patient safety incidents: a comprehensive review', *International Journal for Quality in Health Care* 2010, vol. 22, no. 5, p. 371-379.

32 R.M.E. Huver e.a., *Slachtoffers en aansprakelijkheid, Deel I: Terreinverkenning*, Amsterdam, Vrije Universiteit, WODC, Den Haag 2007, p. 28 en 50. Zie ook J.A.M. Schouten, *Anamnese en advies*, Houten: Bohn Stafleu van Loghum 2004, p. 118 e.v.; J. Legemaate, 'Recht op informatie over fouten van artsen', *TVP* 2007, nr. 1, p. 1-4; KNMG, *Omgaan met incidenten, fouten en klachten: wat mag van artsen worden verwacht?*, april 2007; De Letselschaderaad, *Gedragscode Openheid Medische incidenten; betere afwikkeling Medische Aansprakelijkheid (GOMA)*, derde druk, Den Haag, maart 2012, p. 12 en J.L. Smeehuijzen, K.A.P.C. van Wees, A.J. Akkermans, J. Legemaate, S. van Buschbach en J.E. Hulst (VU Amsterdam), *Opvang en schadeafwikkeling bij onbedoelde gevolgen van medisch handelen*, 2013, p. 14-15 en 141.

langer op begrip en vertrouwen van de patiënt kan rekenen.³³ Is dit laatste het geval, dan zal de behoefte van de patiënt gelegen zijn in het ter verantwoording roepen van de arts door hem, al dan niet openlijk, te laten ‘boeten’ voor wat hij heeft aangericht. Voorts ontstaat de behoefte om andere patiënten niet ‘ook het slachtoffer te laten worden van deze arts’.³⁴ De patiënt kan ten slotte of daarnaast de behoefte voelen hersteld te worden in de situatie zoals deze zou zijn zonder de (mogelijke) fout, bijvoorbeeld door het ondergaan van een hersteloperatie.³⁵ Is herstel niet mogelijk en wordt zijn financiële bestaanszekerheid bedreigd, dan zal de patiënt een tegemoetkoming willen voor het ervaren gevoel van onzekerheid, verdriet, frustratie, boosheid en verlies van levensvreugde en financieel gecompenseerd willen worden voor zijn verlies van inkomen en de door hem gemaakte kosten.³⁶

Direct bij de patiënt betrokken personen hebben na een incident doorgaans dezelfde behoeften als de patiënt. Ook zij willen worden geïnformeerd en willen dat de arts de verantwoordelijkheid neemt en draagt voor hetgeen de patiënt is overkomen. Ook de direct

-
- 33 R.M.E. Huver e.a., *Slachtoffers en aansprakelijkheid*, Deel I: Terreinverkenning, Amsterdam, Vrije Universiteit, WODC, Den Haag 2007, p. 50. Zie ook R.W.M. Giard, *Aansprakelijkheid van artsen* (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, p. 73 en 74; J. Legemaate, ‘Recht op informatie over fouten van artsen’, *TVP* 2007, nr. 1, p. 1-4; KNMG, *Omgaan met incidenten, fouten en klachten: wat mag van artsen worden verwacht?*, april 2007; De Letselschaderaad, *Gedragscode Openheid Medische incidenten; betere afwikkeling Medische Aansprakelijkheid (GOMA)*, derde druk, Den Haag, maart 2012, p. 6; S. Kruikemeier e.a., *Ervaringen van mensen met klachten over de gezondheidszorg*, Utrecht: NIVEL 2009, p. 55 en J.L. Smeehuijzen, K.A.P.C. van Wees, A.J. Akkermans, J. Legemaate, S. van Buschbach en J.E. Hulst (VU Amsterdam), *Opvang en schadeafwikkeling bij onbedoelde gevolgen van medisch handelen*, 2013, p. 79-80. Zie voor een voorbeeld RTG Amsterdam 12 april 2011, *LJN* YG1155.
- 34 R.M.E. Huver e.a., *Slachtoffers en aansprakelijkheid*, Deel I: Terreinverkenning, Amsterdam, Vrije Universiteit, WODC, Den Haag 2007, p. 28 en 50; R.W.M. Giard, *Aansprakelijkheid van artsen* (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, p. 74 en J.L. Smeehuijzen, K.A.P.C. van Wees, A.J. Akkermans, J. Legemaate, S. van Buschbach en J.E. Hulst (VU Amsterdam), *Opvang en schadeafwikkeling bij onbedoelde gevolgen van medisch handelen*, 2013, p. 92-93 en 102.
- 35 S. Kruikemeier e.a., *Ervaringen van mensen met klachten over de gezondheidszorg*, Utrecht: NIVEL 2009, p. 31. Zie voor dezelfde conclusie J.L. Smeehuijzen en A.J. Akkermans, *Medische aansprakelijkheid: over grote problemen, haalbare verbeteringen en overschatte revoluties*, Preadvies Vereniging voor Gezondheidsrecht, Den Haag: Sdu Uitgevers 2013, p. 24.
- 36 R.M.E. Huver e.a., *Slachtoffers en aansprakelijkheid*, Deel I: Terreinverkenning, Amsterdam, Vrije Universiteit, WODC, Den Haag 2007, p. 29 en 53; K.A.P.C. van Wees, A.J. Akkermans, R.M.E. Huver en N.A. Elbers, ‘Meer dan geld alleen. Resultaten van een onderzoek naar behoeften, verwachtingen en ervaringen van slachtoffers en hun naasten met betrekking tot het civiele aansprakelijkheidsrecht’, *AA* 56 (2007) 11, p. 852-861; R.W.M. Giard, *Aansprakelijkheid van artsen* (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, p. 74 en J.L. Smeehuijzen, K.A.P.C. van Wees, A.J. Akkermans, J. Legemaate, S. van Buschbach en J.E. Hulst (VU Amsterdam), *Opvang en schadeafwikkeling bij onbedoelde gevolgen van medisch handelen*, 2013, p. 10-12. Zie voor dezelfde conclusie J.L. Smeehuijzen en A.J. Akkermans, *Medische aansprakelijkheid: over grote problemen, haalbare verbeteringen en overschatte revoluties*, Preadvies Vereniging voor Gezondheidsrecht, Den Haag: Sdu Uitgevers 2013, p. 24.

betrokkenen wensen een vergoeding van het financieel nadeel en het leed dat zij ondervinden als gevolg van de schade ‘aan de patiënt’.³⁷

2.4 VERGOEDING VAN SCHADE NA EEN INCIDENT

2.4.0 *Opmerkingen vooraf*

Een incident impliceert de aanwezigheid van zorggerelateerde schade of de kans op het ontstaan van zorggerelateerde schade. Heeft de schade zich gemanifesteerd, dan is een van de behoeften van de patiënt het verkrijgen van een vergoeding ter compensatie van die schade. Doorgaans wordt het civiele aansprakelijkheidsrecht gebruikt om de vergoeding te realiseren.³⁸ Het is om die reden dat het civiele aansprakelijkheidsrecht kort uiteen wordt gezet. Daartoe volgt een bespreking van soorten schade (par. 2.4.1), de grondslagen waarop een recht op schadevergoeding kan worden gebaseerd (par. 2.4.2) en van het verhaal van schade in de praktijk (par. 2.4.3).

2.4.1 *Soorten schade: vermogensschade en ander nadeel*

Uit onderzoek blijkt dat de patiënt na een incident in de eerste plaats financieel nadeel – ‘vermogensschade’ – kan ondervinden en in de tweede plaats onzekerheid, verdriet, frustratie, boosheid en vermindering van levensvreugde – ‘ander nadeel’ – kan ervaren.³⁹ Vermogensschade kan zich op zijn beurt op verschillende terreinen manifesteren. Voorbeelden van vermogensschade zijn extra kosten van (controle)behandeling door de huisarts, gespecialiseerde artsen en paramedici, kosten van psychotherapie en de kosten van verblijf in een revalidatie-instelling. Naarmate de gezondheidstoestand als gevolg van het incident slechter is of wordt, zal enerzijds de vermogensschade in omvang toenemen en zullen anderzijds de onzekerheid, het verdriet, de boosheid en de vermindering van levensvreugde

37 R.M.E. Huver e.a., *Slachtoffers en aansprakelijkheid*, Deel I: Terreinverkenning, Amsterdam, Vrije Universiteit, WODC, Den Haag 2007, p. 28 en 50 en A.J. Akkermans e.a. *Slachtoffers en aansprakelijkheid*. Een onderzoek naar behoeften, verwachtingen en ervaringen van slachtoffers en hun naasten met betrekking tot het civiele aansprakelijkheidsrecht, Deel II: Affectieschade, Vrije Universiteit, WODC, Den Haag 2008, p. 15-17.

38 Zie ook Rechtbank Rotterdam 14 maart 2012, *LJN* BV9542.

39 R.M.E. Huver e.a., *Slachtoffers en aansprakelijkheid*, Deel I: Terreinverkenning, Amsterdam, Vrije Universiteit, WODC, Den Haag 2007, (onder meer) p. 27, 28, 50, 62 en J.L. Smeehuijzen, K.A.P.C. van Wees, A.J. Akkermans, J. Legemaate, S. van Buschbach en J.E. Hulst (VU Amsterdam), *Opvang en schadeafwikkeling bij onbedoelde gevolgen van medisch handelen*, 2013, p. 72-73. Zie ook C. Duclos e.a., ‘Patient perspectives of patient-provider communication after adverse events’, *International Journal for Quality in Health Care* 2005, vol. 17, nr. 6, p. 479-486 en E. O’Connor e.a., ‘Disclosure of patient safety incidents: a comprehensive review’, *International Journal for Quality in Health Care* 2010, vol. 22, no. 5, p. 371-379.

toenemen. De patiënt bijvoorbeeld die langdurig afwezig is van het werk door diens lichamelijke of geestelijke problemen en niet zonder meer kan terugkeren, zal moeten re-integreren of zal aanpassingen nodig hebben op de werkplek. Het kan tevens noodzakelijk zijn om de woning van de patiënt aan te passen (bijvoorbeeld het verwijderen van drempels of het aanbrengen van een traplift). Leidt de gezondheidstoestand tot een niet meer te repareren uitval van het menselijk lichaam of het geestelijk welzijn, dan kan het onmogelijk zijn een arbeidzaam leven op te pakken, huishoudelijke taken uit te voeren of gebruikelijke klusactiviteiten te ontplooiën. Indien de patiënt bovendien kosten maakt om zijn hiervoor genoemde schadeposten op de arts of het ziekenhuis te verhalen, dan leiden ook deze kosten tot vermogensschade.

Voorts is denkbaar dat direct bij de patiënt betrokkenen, zoals het gezin, andere familieleden, vrienden, de werkgever en uitkerende instanties, door het wegvallen van de patiënt of door het voortduren van het ziekteproces van de patiënt nadeel ondervinden. Zo kunnen familie en vrienden tijd en kosten investeren in de verzorging van de patiënt, uitgaven voorschieten, tijd investeren in het bezoeken van de patiënt en mogelijk ook verdriet hebben van de gezondheidsschade van de patiënt.⁴⁰ De werkgever van de patiënt zal op grond van artikel 7:629 BW loon moeten doorbetalen aan de patiënt ondanks dat de patiënt door afwezigheid het werk niet kan uitvoeren. De zorgverzekeraar zal voor extra geneeskundige behandelingen moeten betalen en de sociale verzekeraar zal een uitkering ter compensatie van gederfd inkomen moeten verstrekken.⁴¹

2.4.2 *De grondslagen voor een recht op vergoeding van schade*

2.4.2.1 **Een goede grond ter afwenteling van schade: verwijtbaar onjuist gedrag**

Het civiele aansprakelijkheidsrecht berust op tot normen verheven gedragsregels met het doel bepaalde belangen te beschermen. Het biedt de gelaedeerde de mogelijkheid van vergoeding van schade door een ander en daarmee tot het handhaven van de vermogenspositie zoals deze was voorafgaand aan de gebeurtenis die schade veroorzaakte.⁴² Voor vergoeding van schade door een ander is echter wel de aanwezigheid van een goede grond voor afwenteling van de schade op die ander vereist. Zonder die goede grond blijft de

40 Verdriet van naasten wordt doorgaans geïdentificeerd als 'affectieschade'. Zie daarover hoofdstuk 7, par. 7.3.3.

41 Zie voor een nadere uitwerking van schade van betrokken derden hoofdstuk 7, par. 7.3.

42 E.F.D. Engelhard en G.E. van Maanen, Aansprakelijkheid voor schade: contractueel en buitencontractueel, Monografieën BW, A15, Deventer: Kluwer 2008, p. 12. Zie voor een voorbeeld uit de rechtspraak waarin de functie van het aansprakelijkheidsrecht werd benadrukt in het kader van een medische zaak Rechtbank Rotterdam 14 maart 2012, *LJN* BV9542.

schade daar waar zij gevallen is: het civiele aansprakelijkheidsrecht hanteert als uitgangspunt dat ieder zijn eigen schade draagt.⁴³

Een en ander betekent dat de patiënt die schade ondervindt door een incident (los van de mogelijkheid dat hij de schade niet wil afwentelen) bij gebreke van bekendheid met of bij afwezigheid van een ander op wie hij zijn schade kan afwentelen, moet nagaan of hij zijn schade uit eigen middelen kan financieren.⁴⁴ Eigen middelen zijn bijvoorbeeld de eigen zorgverzekering of de eigen arbeidsongeschiktheidsverzekering. Voorts bestaat de mogelijkheid dat de patiënt in loondienst via zijn werkgever verzekerd is tegen het risico van arbeidsongeschiktheid en dat de patiënt aanspraak kan maken op een uitkering uit die verzekering. Het stelsel van sociale zekerheid kan mogelijk ook als vangnet dienen. De patiënt zal op eigen initiatief zijn zorgverzekeraar, werkgever of de overheid moeten aanspreken.

Een en ander betekent voorts dat indien er wel een bekende ander is, de patiënt ook die ander kan aanspreken voor verhaal van schade, met dien verstande dat afwenteling van schade op de ander gebaseerd moet zijn op een 'goede grond'.⁴⁵ Een goede grond is '*verwijtbaar onjuist gedrag*'.⁴⁶ Bekeken vanuit het perspectief van de patiënt, heeft deze aldus de mogelijkheid om zijn schade op de arts of het ziekenhuis af te wentelen, indien de arts of het ziekenhuis verwijtbaar onjuist gedrag heeft vertoond en welk gedrag schade bij de patiënt veroorzaakte (vereist is dus ook een causale relatie). Ter beantwoording van de vraag of de arts of het ziekenhuis verwijtbaar onjuist heeft gehandeld, wordt gezien hoe een redelijk persoon – de maatman – in dezelfde situatie zou hebben gehandeld. Handelde de arts of het ziekenhuis niet op de wijze waarop een redelijk hulpverlener dat zou doen, dan vertoont de arts of het ziekenhuis verwijtbaar onjuist gedrag – anders gezegd: de arts of het ziekenhuis heeft een '*fout*' gemaakt – en ontstaat voor de patiënt in beginsel het recht op vergoeding van schade. Voor de arts of het ziekenhuis ontstaat de plicht om de

43 T. Hartlief, Ieder draagt zijn eigen schade: enige opmerkingen over de fundamentele van en ontwikkelingen in het aansprakelijkheidsrecht (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 1997, p. 11, 23, 26, 72 en 75. Zie ook E.F.D. Engelhard en G.E. van Maanen, Aansprakelijkheid voor schade: contractueel en buitencontractueel, Monografieën BW, A15, Deventer: Kluwer 2008, p. 1.

44 Zie ook T. Hartlief, Ieder draagt zijn eigen schade: enige opmerkingen over de fundamentele van en ontwikkelingen in het aansprakelijkheidsrecht (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 1997, p. 13.

45 Zie voor andere voorbeelden van gronden ter afwenteling van schade E.F.D. Engelhard en G.E. van Maanen, Aansprakelijkheid voor schade: contractueel en buitencontractueel, Monografieën BW, A15, Deventer: Kluwer 2008, p. 5-7.

46 Het verwijtbare onjuiste gedrag als grond om schade op een ander af te wentelen, is een door het recht erkende grond: artikelen 6:74 BW en 6:162 BW. Zie uitvoeriger over de gronden ter afwenteling van schade E.F.D. Engelhard en G.E. van Maanen, Aansprakelijkheid voor schade: contractueel en buitencontractueel, Monografieën BW, A15, Deventer: Kluwer 2008, p. 5-7 en T. Hartlief, Ieder draagt zijn eigen schade: enige opmerkingen over de fundamentele van en ontwikkelingen in het aansprakelijkheidsrecht, (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 1997, p. 26-27.

patiënt in diens oude toestand te brengen of om de schade te compenseren, indien herstel niet mogelijk is.⁴⁷

Enige nuancering is op zijn plaats; een bepaalde mate van verwijtbaarheid is niet altijd een noodzakelijke voorwaarde voor afwenteling van schade. Aansprakelijkheid kan ook aan de orde zijn wanneer een persoon ingevolge de wet aansprakelijk is voor een gebeurtenis louter door het hebben van een bepaalde hoedanigheid. Zo kan de arts of het ziekenhuis kan als bezitter van een roerende zaak of opstal kwalitatief aansprakelijk zijn. De producent van een medisch product is reeds tot vergoeding van schade verplicht wanneer hij een product in het verkeer heeft gebracht dat niet de veiligheid biedt die de patiënt mag verwachten en het gebrek in het product de oorzaak is van de schade van de patiënt; op de producent rust een risicoaansprakelijkheid.⁴⁸

2.4.2.2 Verwijtbaar onjuist gedrag: een tekortkoming

Tussen de arts en de patiënt of het ziekenhuis en de patiënt ontstaat op het moment dat de patiënt zich met een hulpvraag tot de arts of het ziekenhuis wendt, doorgaans een contractuele relatie, te weten een geneeskundige behandelingsovereenkomst.⁴⁹ Deze overeenkomst brengt (wederzijdse) verplichtingen met zich. Verwijtbaar onjuist gedrag – de ‘fout’ – kan dan ook zijn gelegen in een tekortkoming in de nakoming van een contractuele verplichting. Een tekortkoming in de nakoming van een verplichting kan zowel bestaan uit het geheel of gedeeltelijk uitblijven van nakoming, als uit niet-tijdige of niet-behoorlijke nakoming. Niet-behoorlijke nakoming omvat, naast de mogelijkheid dat de prestatie zelf niet aan de verbintenis beantwoordt, ook de mogelijkheid dat de prestatie of daarmee samenhangende gedraging schade toebrengt aan de schuldeiser.⁵⁰ Óf de arts of het ziekenhuis is tekortgeschoten in de nakoming van een verplichting, wordt bepaald aan de hand van de inhoud van zijn verplichting(en). Die inhoud wordt enerzijds vorm gegeven door de overeenkomst zelf: wat zijn arts, ziekenhuis en patiënt overeengekomen? Anderzijds wordt de inhoud bepaald door (nationale en Europese) wetgeving, de gewoonte en/of de eisen van redelijkheid en billijkheid.⁵¹ Wat de geneeskundige behandelingsovereenkomst betreft is de wettelijke verankering van de verplichtingen van de arts en het ziekenhuis in

47 T. Hartlief, ‘Autonomie en solidariteit. Beweging in het verbintenissenrecht’, *WPNR* 6564 (2004), p. 111; R.W.M. Giard, *Aansprakelijkheid van artsen* (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, p. 28 en E.F.D. Engelhard en G.E. van Maanen, *Aansprakelijkheid voor schade: contractueel en buitencontractueel*, Monografieën BW, A15, Deventer: Kluwer 2008, p. 9-11.

48 Zie voor een nadere uitwerking van de risicoaansprakelijkheid van de producent hoofdstuk 5.

49 Zie voor de totstandkoming van een overeenkomst hoofdstuk 3, par. 3.2.4.

50 Parl. Gesch. Boek 6, p. 264-266. Zie voorts Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-1* 2012, nr. 317. Zie nader hoofdstuk 4, par. 4.2.1.

51 Artikel 6:248, eerste lid, BW.

Boek 7, titel 7, afdeling 5, van het Burgerlijk Wetboek (BW) van doorslaggevend belang.⁵² Een van de verplichtingen betreft de zorgplicht van de arts en het ziekenhuis; artikel 7:453 BW bepaalt dat de arts of het ziekenhuis bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed hulpverlener in acht moet nemen en dat hij daarbij dient te handelen in overeenstemming met de op hem rustende verantwoordelijkheid, voortvloeiende uit de voor artsen geldende professionele standaard. Dit ‘goed hulpverlenerschap’ geeft de maatman weer en is daarmee de meest belangrijke norm voor het bepalen van de aansprakelijkheid van de arts of het ziekenhuis.⁵³

De tekortkoming moet, wil zij tot een schadevergoedingsplicht leiden, toerekenbaar zijn en veronderstelt daarmee schuld van de zijde van de arts/het ziekenhuis of toerekening om een andere reden. Te denken valt aan toerekening van een tekortkoming wegens onervarenheid of ziekte van de arts, maar ook aan toerekening van een tekortkoming door andermans fouten (bijvoorbeeld die van een arts-assistent), of door het gebruik van een ongeschikt medisch hulpmiddel (bijvoorbeeld het geneesmiddel dat ernstige en ongewenste bijwerkingen heeft of het bloedproduct dat bedorven blijkt te zijn).⁵⁴

Wil de patiënt aanspraak maken op een vergoeding uit hoofde van een tekortkoming, dan zal de patiënt de arts of het ziekenhuis aansprakelijk moeten stellen. Hij zal daarin moeten stellen dat de arts of het ziekenhuis is tekortgeschoten en, bij betwisting, de tekortkoming moeten bewijzen.⁵⁵ Bovendien moet hij aantonen dat de tekortkoming in causaal verband staat met de schade die hij lijdt.⁵⁶ Staat vast dat het handelen van de arts of het ziekenhuis een tekortkoming oplevert, dat er schade is en dat er causaal verband bestaat met de tekortkoming, dan zal de arts of het ziekenhuis de schade die de patiënt door zijn tekortkoming lijdt in beginsel moeten vergoeden op basis van en met inachtneming van de wettelijke bepalingen van Boek 6, titel 1, afdeling 10, BW.⁵⁷ Diezelfde afdeling kent ook mogelijkheden voor vergoeding van kosten die de direct bij de patiënt betrokkenen (partner, gezin, familie, vrienden en werkgever) ten behoeve van de patiënt hebben gemaakt en een

52 Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW wordt ook wel geduid als de Wet op de Geneeskundige Behandelingsovereenkomst (WGBO). Van een afzonderlijke ‘wet’ is evenwel geen sprake. Zie voor (mijns inziens terecht) kritiek op het gebruik van de term WGBO ook T. Hartlief, *De staat van het privaatrechtelijke gezondheidsrecht*, Preadvies Vereniging voor Gezondheidsrecht, Den Haag: Sdu Uitgevers 2007, p. 70.

53 Zie voor de uitwerking hoofdstuk 4, par. 4.2.1.

54 De grondslag wordt geboden door artikel 6:74 BW in verbinding met artikel 6:76 BW respectievelijk artikel 6:77 BW. Zie nader hoofdstuk 4, par. 4.2.3.3.

55 Conform de hoofdregel van artikel 150 Rv. Zie nader hoofdstuk 4, par. 4.2.2.

56 Zie hoofdstuk 6 voor een uitwerking van het causaal verband.

57 Zie hoofdstuk 7, par. 7.2 voor een uitwerking van de schade van de patiënt die voor vergoeding in aanmerking komt.

vergoeding van door nabestaanden geleden schade.⁵⁸ Indien de arts of het ziekenhuis aantoonbaar dat de tekortkoming niet aan zijn schuld is te wijten en hem ook niet om een andere reden kan worden toegerekend, ontkomt hij aan aansprakelijkheid en een schade-vergoedingsplicht.⁵⁹

2.4.2.3 Verwijtbaar onjuist gedrag: een onrechtmatige daad

In de meeste ‘klassieke’ gevallen van geneeskundige behandeling beheerst een contract de relatie tussen de arts of het ziekenhuis en de patiënt. Uitzonderingssituaties zijn met name onvrijwillige geneeskundige behandelingen, omdat in die situaties het bestaan van een overeenkomst niet aannemelijk is.⁶⁰ Een voorbeeld is de gedwongen geneeskundige behandeling van een gedetineerde ter afwending van gevaar voor de gezondheid of veiligheid van de gedetineerde of van anderen.⁶¹ In die gevallen kan verwijtbaar onjuist gedrag niet zijn gelegen in een tekortkoming in de nakoming van een contractuele verplichting. Ook tussen een bij de patiënt betrokken derde persoon (denk aan een wettelijk vertegenwoordiger, partner of kind van de patiënt) en de arts of het ziekenhuis komt doorgaans geen behandelingsovereenkomst tot stand en kan verwijtbaar onjuist gedrag evenmin zijn gelegen in een tekortkoming.⁶² Dat neemt niet weg dat de arts of het ziekenhuis ten opzichte van een niet contractueel betrokken patiënt of ten opzichte van een bij de patiënt betrokken persoon van de maatman afwijkend gedrag kan vertonen. Het verwijtbare onjuiste gedrag – de ‘fout’ – wordt dan gekwalificeerd als een onrechtmatige daad.⁶³ Het onrechtmatige gedrag van de arts of het ziekenhuis zal doorgaans zijn gelegen in de strijdigheid van het gedrag met een wettelijke plicht – hierbij kan worden gedacht aan het handelen in strijd met plichten uit hoofde van gezondheidsrechtelijke wetten – of in de strijdigheid ervan

58 Zie hoofdstuk 7, par. 7.3 voor een uitwerking van de schade van de bij de patiënt betrokken personen die voor vergoeding in aanmerking komt.

59 Ingevolge artikel 6:75 BW. Zie nader hoofdstuk 4, par. 4.2.3.

60 Voor de totstandkoming van een overeenkomst is ingevolge artikel 6:217 BW in verbinding met artikel 3:33 BW wilsovereenstemming nodig, met als gevolg dat bij het ontbreken van een wil een overeenkomst uitblijft. Zie uitvoeriger hoofdstuk 3, par. 3.3.

61 Ingevolge artikel 32 Penitentiaire beginselenwet. Zie voor andere voorbeelden Kamerstukken II 1989/90, 21561, nr. 3, p. 46-47 (MvT). Zie voorts hoofdstuk 3, par. 3.3.

62 Zie voor voorbeelden van situaties waarin een derde (wettelijk vertegenwoordiger, partner of kind van de patiënt) geen partij is bij de behandelingsovereenkomst HR 8 september 2000, *NJ* 2000, 734, met nt. A.R. Bloembergen (Baby Joost); HR 18 maart 2005, *NJ* 2006, 606, met nt. J.B.M. Vranken, (Baby Kelly); Rechtbank Zwolle 6 juni 2001, *LJN* AB2389; Rechtbank Arnhem 11 juni 2003, *NJkort* 2003, 86; Rechtbank Alkmaar 24 mei 2006, *LJN* AX4831; Rechtbank Groningen 4 juni 2009, *LJN* BM1623 en Rechtbank Assen 29 juni 2010, *LJN* BN1335. Zie anders (moeder sluit een overeenkomst mede ten behoeve van haar ongeboren kind en het kind wordt ook partij) Rechtbank Arnhem 15 maart 2001, *Nemesis* 2002, 1416 en Gerechtshof Amsterdam 4 november 2004, *TvGr* 2005, nr. 9.

63 Opgemerkt wordt dat niet elk onrechtmatig gedrag ten opzichte van een derde recht geeft op vergoeding van alle door de derde geleden schade. Is de schade het gevolg van de tekortkoming ten opzichte van de patiënt, dan heeft de derde recht op vergoeding voor zover geregeld in artikel 6:107 BW en 6:108 BW, zie nader hoofdstuk 4, par. 4.3.1.3.

met een (ongeschreven) zorgvuldigheidsnorm. De zorgvuldigheidsnorm die de arts of het ziekenhuis in acht moet nemen, wordt inhoudelijk door de invulling van ‘het goed hulpverlenerschap’ bepaald, waarmee aldus dezelfde maatstaf wordt aangelegd als in de contractuele relatie.⁶⁴

Dat doorgaans dezelfde norm is vereist en dat doorgaans dezelfde norm wordt geschonden leidt ertoe dat in die gevallen waarin een contract de relatie beheerst – en verwijtbaar onjuist gedrag dus gelegen kan zijn in een tekortkoming – een tekortkoming veelal ook gekwalificeerd kan worden als een onrechtmatige daad. De grondslagen voor verhaal van schade lopen dan samen. Dit betekent echter niet dat beide grondslagen onder elke omstandigheid voor verhaal van schade kunnen worden ingeroepen; ingevolge de heersende jurisprudentie is uitgangspunt dat wanneer een tekortkoming in de nakoming van een verplichting uit een overeenkomst grondslag is, niet ook de onrechtmatige daad als grondslag kan worden ingeroepen, *tenzij de gedraging onafhankelijk van de verplichting uit overeenkomst een onrechtmatige daad oplevert* en dus onverschillig de schending van de contractuele verplichting een inbreuk maakt op een recht, of een schending oplevert van een algemene rechtsplicht of zorgvuldigheidsnorm.⁶⁵ Als voorbeeld van een geval waarin een gedraging van de arts naast een tekortkoming tevens een onrechtmatige daad oplevert, kan worden gedacht aan het seksueel misbruik van een patiënt.⁶⁶

Naast de aanwezigheid van onrechtmatig gedrag is het voor het ontstaan van een recht op schadevergoeding noodzakelijk dat de onrechtmatige daad aan de arts kan worden toegerekend.⁶⁷ Voorts is een voorwaarde dat de geschonden norm strekt tot bescherming tegen de schade zoals de patiënt of de direct betrokkene die heeft geleden.⁶⁸ Toerekening is aan de orde, indien de daad te wijten is aan de (objectief bepaalde⁶⁹) schuld van de arts: de arts had, gelet op de voor hem kenbare en vermijdbare gevolgen van zijn gedrag voor de belangen van de patiënt, anders behoren te handelen. Toerekenbaarheid is evenzeer aan

64 Zie voor een voorbeeld Rechtbank Utrecht 28 oktober 2009, *LJN* BK1546: de onrechtmatigheid van het seksueel misbruik door de arts werd overeenkomstig de norm van de redelijk bekwaam en redelijk handelend arts beoordeeld. Zie voor een uitwerking hoofdstuk 4, par. 4.3.1.2.

65 HR 9 december 1955, *NJ* 1956, 157; HR 6 april 1990, *NJ* 1991, 689, met nt. C.J.H. Brunner; HR 19 februari 1993, *NJ* 1994, 290, met nt. C.J.H. Brunner; HR 3 december 1999, *NJ* 2000, 235, met nt. P.A. Stein en Gerechtshof 's-Gravenhage 11 juli 2006, *LJN* AY8855. Zie voorts Asser-Hijma 5-I*, 2007, nr. 442 en I.P. Michiels van Kessenich-Hoogendam, Beroepsfouten, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 15. Zie voor een uitwerking van de buitencontractuele grondslag hoofdstuk 4, par. 4.3.

66 Zie voor een voorbeeld Gerechtshof Amsterdam 2 augustus 2011, *LJN* BR2400.

67 Ingevolge artikel 6:162, eerste lid, BW.

68 Ingevolge artikel 6:163 BW. Zie voor een uitwerking hoofdstuk 4, par. 4.3.

69 HR 30 september 1994, *NJ* 1996, 196, met nt. C.J.H. Brunner en HR 23 december 2005, *NJ* 2006, 289, met nt. M.R. Mok. Zie ook E.F.D. Engelhard en G.E. van Maanen, Monografieën BW, Aansprakelijkheid voor schade: contractueel en buitencontractueel, Deventer: Kluwer 2008, p. 555-559.

de orde, indien de schade te wijten is aan een oorzaak welke krachtens de wet (de omstandigheid dat een als ‘een doen’ te beschouwen gedraging van de arts verricht is onder invloed van een geestelijke of lichamelijke tekortkoming, is geen beletsel haar als een onrechtmatige daad toe te rekenen, aldus artikel 6:165 BW) of de in het verkeer geldende opvattingen voor rekening van de arts komt (bijvoorbeeld in geval van onervarenheid van de arts).⁷⁰

Wil de patiënt (of een niet contractueel betrokken derde, zoals de partner of het kind van de patiënt) aanspraak maken op een vergoeding uit hoofde van een onrechtmatige daad, dan zal de patiënt (of de niet contractueel betrokken derde) de arts of het ziekenhuis aansprakelijk moeten stellen. Net als bij de contractuele grondslag, dient de patiënt het onjuiste gedrag te stellen en, bij betwisting, te bewijzen evenals het causaal verband met de schade. Anders dan bij de contractuele grondslag is het tevens aan de patiënt om de toerekenbaarheid van de daad aan de arts of het ziekenhuis en de beschermingsreikwijdte van de geschonden norm aan te tonen.⁷¹ De wettelijke regels inzake schadevergoeding Boek 6, titel 1, afdeling 10, BW – zijn daarentegen dezelfde.⁷² Het onderscheid tussen de grondslag van het contract en die van de wet dient dan ook niet te worden ‘overschat’. Het verschil tussen de contractuele grondslag en de buitencontractuele grondslagen wordt vooral duidelijk in die gevallen waarin de arts of het ziekenhuis kwalitatief aansprakelijk is voor personen of zaken, zie hierna.

2.4.2.4 Aansprakelijkheid vanwege een bepaalde hoedanigheid

Andere buitencontractuele grondslagen die een recht geven op schadevergoeding – naast de onrechtmatige daad – betreffen de kwalitatieve aansprakelijkheden, neergelegd in de artikelen 6:170 BW, 6:171 BW, 6:173 BW, 6:174 BW en 6:175 BW.⁷³ De kwalitatieve aansprakelijkheden vormen een grondslag voor afwenteling van schade van de patiënt, wanneer iemand anders een fout heeft gemaakt of zich een schadeveroorzakende gebeurtenis heeft voorgedaan en de arts of ziekenhuis een bepaalde hoedanigheid heeft, bijvoorbeeld die van opdrachtgever of die van bezitter van de schadeveroorzakende roerende zaak, opstal of gevaarlijke stof. De grondslagen van de kwalitatieve aansprakelijkheid spelen in de verhouding tussen de patiënt en de arts of het ziekenhuis een rol wanneer een contractuele rechtsverhouding tussen de arts of het ziekenhuis en de patiënt ontbreekt en wanneer een

⁷⁰ Artikel 6:162, derde lid, BW.

⁷¹ Zie nader hoofdstuk 4, par. 4.3.2.

⁷² Zie hoofdstuk 7, par. 7.2 en 7.3 voor een uitwerking van de schade van de patiënt en van direct betrokkenen die voor vergoeding in aanmerking komt. Opgemerkt wordt dat ten aanzien van een bij de patiënt betrokken derde een gesloten systeem van schadevergoeding geldt, neergelegd in de artikelen 6:107 BW en 6:108 BW in die gevallen waarin de schade van de betrokken is afgeleid van het letsel of overlijden van de patiënt, zelfs wanneer ten opzichte van de betrokkene onrechtmatig is gehandeld.

⁷³ Zie voor een uitwerking hoofdstuk 4, par. 4.3.4.

derde jegens de arts of het ziekenhuis aanspraak maakt op vergoeding van schade. Zij spelen echter ook een rol wanneer er wel een contractuele relatie bestaat: het is mogelijk dat een tekortkoming in de nakoming van een contractuele verplichting door de arts of het ziekenhuis tevens een kwalitatieve aansprakelijkheid van de arts of het ziekenhuis oplevert. Het onvoldoende onderhouden van een medische hulpzaak bijvoorbeeld kan betekenen dat de arts aansprakelijk is wegens een tekortkoming en dat hij als bezitter van de zaak 'kwalitatief' aansprakelijk is wanneer de gebrekkigheid van de zaak, veroorzaakt door het slechte onderhoud, een bijzonder gevaar voor de patiënt met zich brengt. Een dergelijke samenloop zal er niet zonder meer toe leiden dat de patiënt geen beroep kan doen op een kwalitatieve aansprakelijkheid van de arts of het ziekenhuis; een contractuele relatie zet deze aansprakelijkheid niet snel opzij.⁷⁴

Wil de patiënt zijn recht op schadevergoeding op een kwalitatieve aansprakelijkheid van de arts of het ziekenhuis baseren, dan dient de patiënt te stellen en, zo nodig, te bewijzen dat de arts of het ziekenhuis de hoedanigheid van opdrachtgever of bezitter heeft, dat een (onder)geschikte een fout heeft gemaakt respectievelijk zich een schadeveroorzakende gebeurtenis heeft voorgedaan en dat de fout of de gebeurtenis in causaal verband staat met de schade. Staat de aansprakelijkheid vast, dan treedt de verplichting in om de patiënt en/of de direct betrokkenen te compenseren op basis van en met inachtneming van de wettelijke bepalingen van Boek 6, titel 1, afdeling 10, BW.⁷⁵

Een andere persoon die wegens zijn hoedanigheid aansprakelijk kan zijn voor schade is de producent van een medisch product. Op grond van artikel 6:185 BW rust op de producent een risicoaansprakelijkheid voor een gebrekkig product dat door hem in het verkeer is gebracht en schade heeft veroorzaakt. Wil de patiënt zijn schade op de producent verhalen, dan dient de patiënt te stellen en, bij betwisting, te bewijzen, dat het product gebrekkig is en dat het gebrekkige product oorzaak is van zijn schade. Wanneer de aansprakelijkheid vast staat, dan treedt de verplichting in om de patiënt en/of de direct betrokkenen te compenseren op basis van en met inachtneming van de wettelijke bepalingen van Boek 6, titel 1, afdeling 10, BW.⁷⁶

2.4.3 *Het verhaal van schade in de praktijk*

De aansprakelijkstelling gericht aan de arts of het ziekenhuis vormt het begin van het onderzoek naar het door de patiënt gestelde verwijtbare onjuiste gedrag van die arts of dat

⁷⁴ Zie in een niet-medische zaak HR 27 april 2001, NJ 2002, 54, met nt. C.J.H. Brunner.

⁷⁵ Zie hoofdstuk 7, par. 7.2 en 7.3 voor een uitwerking van de schade die voor vergoeding in aanmerking komt.

⁷⁶ Zie hoofdstuk 7, par. 7.2 en 7.3 voor een uitwerking van de schade die voor vergoeding in aanmerking komt.

ziekenhuis. De aansprakelijkstelling dient duidelijk te maken dat de patiënt aanspraak maakt op vergoeding van zijn schade. De aansprakelijk gestelde arts of het aansprakelijk gestelde ziekenhuis zal de regie in het onderzoek naar de aansprakelijkheid veelal overlaten aan zijn beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar en zich conformeren aan diens oordeel over het karakter van zijn handelen. Lukt het de patiënt niet om met de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar overeenstemming te bereiken over de aan de patiënt te betalen schadevergoeding – ook niet met de hulp van een derde partij, zoals een mediator of een beslissing van de deelgeschilrechter in een deelgeschilprocedure –, dan heeft de patiënt de mogelijkheid om zijn vordering – onder betaling van een griffierecht – in een bodemprocedure voor te leggen aan de civiele rechter. Op zijn beurt zal de civiele rechter een oordeel vellen over het vermeende verwijtbare onjuiste gedrag en de daarop gegronde verplichting tot vergoeding van schade. Ook wanneer de patiënt de producent wil aanspreken voor een vergoeding van zijn schade, vangt het verhaal aan met een aansprakelijkstelling. Anders dan de arts of het ziekenhuis heeft de producent doorgaans echter geen beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar achter zich staan en zal de producent de schadeafwikkeling zelf ter hand nemen. Komen producent en patiënt er buiten rechte niet uit, dan dient de patiënt ook deze vordering voor te leggen aan de civiele rechter.

Wanneer zijn vordering gericht is tegen de arts of het ziekenhuis, heeft de patiënt nog een andere optie. Hij kan zijn vordering – onder betaling van ‘klachtengeld’ ter hoogte van € 50,84⁷⁷ – voorleggen aan de Geschillencommissie Zorginstellingen, met dien verstande dat de Geschillencommissie alleen bevoegd is te oordelen over aangesloten zorginstellingen (waaronder mede zijn begrepen medisch specialisten en andere in de zorginstelling werkzame personen) en zowel het ziekenhuis als de patiënt heeft ingestemd met deze wijze van geschillenbeslechting.⁷⁸ Een voorwaarde is voorts dat de patiënt eerder een schriftelijke vordering heeft neergelegd bij het ziekenhuis, doch over de vergoeding geen overeenstem-

77 Zie artikel 9, eerste lid, van het Reglement Geschillencommissie Zorginstellingen april 2013. Zie ook de brochure ‘Hoe werkt de Geschillencommissie Zorginstellingen?’, oktober 2012, te downloaden via de website van de Geschillencommissie Zorginstellingen <www.degeschillencommissie.nl>. Ingevolge artikel 19, eerste lid, van het Reglement Geschillencommissie Zorginstellingen april 2013 kan worden bepaald dat bij een gegrondverklaring van de klacht de zorginstelling het klachtengeld geheel of gedeeltelijk moet vergoeden. Zie ook artikel 19, derde lid, van het Reglement Geschillencommissie Zorginstellingen april 2013 voor een plicht tot betaling van de patiënt bij een ongegrondverklaring. Zie tot slot artikel 20 van het Reglement Geschillencommissie Zorginstellingen over andere kosten; deze komen in beginsel voor eigen rekening.

78 Welke zorginstellingen aangesloten zijn, is op te zoeken via de website van de Geschillencommissie <www.degeschillencommissie.nl>. Zie ook artikel 1 van het Reglement Geschillencommissie Zorginstellingen april 2013 voor de definitie van een zorginstelling. Zie voorts artikel 4 en 12 van het Reglement Geschillencommissie Zorginstellingen april 2013 voor de bevoegdheid evenals de artikelen 5, 6 en 7 aangaande de ontvankelijkheid van de patiënt. Ingevolge artikel 8, tweede lid, van het reglement Geschillencommissie zorginstellingen april 2013 stemt de patiënt in met verstrekking van medische gegevens.

ming kon worden bereikt, zulks op straffe van niet-ontvankelijkheid.⁷⁹ De Geschillencommissie Zorginstellingen is een onafhankelijk en extern orgaan, dat bestaat uit drie leden: een voorzitter aangezocht door de Stichting Geschillencommissies voor consumentenzaken (SGC), een lid voorgedragen door de Consumentenbond en een lid voorgedragen door de Nederlandse vereniging van ziekenhuizen, de Koninklijke Nederlandsche Maatschappij tot bevordering der Geneeskunst (KNMG), ActiZ organisatie van zorgondernemers (ActiZ), de vereniging Geestelijke Gezondheidszorg Nederland (GGZ) of de Vereniging Gehandicaptenzorg Nederland (VGN).⁸⁰ De patiënt kan zijn vordering via een op de website van de Geschillencommissie te downloaden formulier bij de Geschillencommissie aanbrengen.⁸¹ De Geschillencommissie oordeelt over de vordering naar redelijkheid en billijkheid, zulks met inachtneming van het civiele aansprakelijkheidsrecht en binnen het kader van de door de patiënt geuite klacht(en).⁸² Zo nodig wordt een deskundigenrapport opgemaakt, teneinde tot een oordeel te komen.⁸³ De patiënt is hiervoor geen extra kosten verschuldigd en betaalt dus alleen het klachtengeld (en zijn eigen reiskosten en eventuele kosten van rechtsbijstand). Partijen kunnen ook zelf een deskundige meebrengen.⁸⁴ De procedure mondt uit in een schriftelijk bindend advies.⁸⁵ De Geschillencommissie kan daarbij een, door het ziekenhuis aan de patiënt te betalen, schadevergoeding vaststellen.⁸⁶ Aan de vergoeding kleeft een beperking: zij kan maximaal € 5.000 bedragen. Is de schade vermoedelijk hoger en wil de patiënt de procedure toch voortzetten, dan moet de patiënt afstand doen van het meerdere. Uit onderzoek blijkt dat de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar van het veroordeelde ziekenhuis zich doorgaans neerlegt bij de vastgestelde schadevergoeding en tot uitbetaling ervan overgaat.⁸⁷ Vernietiging van het bindend advies kan alleen plaatsvinden door binnen twee maanden na verzending van de uitspraak het advies ter toetsing voor te leggen aan de civiele rechter.⁸⁸ De rechter toetst marginaal of de Geschillencommissie in redelijkheid tot haar oordeel heeft kunnen komen.⁸⁹

79 Zie artikel 5, eerste lid, van het Reglement Geschillencommissie Zorginstellingen april 2013. Zie ook Geschillencommissie Ziekenhuizen 8 juli 1997, zaaknr. ZIN97-0013 en ZIN97-0009.

80 Zie artikel 2 van het Reglement Geschillencommissie Zorginstellingen april 2013.

81 Zie de website <www.loket.degeschillencommissie.nl>. Zie voor deze wijze ook artikel 8, eerste lid, van het Reglement Geschillencommissie Zorginstellingen april 2013.

82 Zie artikel 8, eerste lid, en artikel 16, eerste lid, van het Reglement Geschillencommissie Zorginstellingen april 2013.

83 Zie artikel 15 van het Reglement Geschillencommissie Zorginstellingen april 2013. Ingevolge artikel 11 van het Reglement Geschillencommissie Zorginstellingen april 2013 kan de Geschillencommissie haar onderzoek sluiten indien de patiënt geen medewerking verleent aan het deskundigenonderzoek.

84 Zie artikel 14, derde lid, van het Reglement Geschillencommissie Zorginstellingen april 2013.

85 Zie de artikelen 3 en 17, eerste lid, en 18 van het Reglement Geschillencommissie Zorginstellingen april 2013. De Geschillencommissie is tevens bevoegd een schikking te bevorderen.

86 Zie artikel 17, tweede lid, van het Reglement Geschillencommissie Zorginstellingen april 2013.

87 N. Doornbos en P.P.M. van Reijssen, *De geschillencommissie ziekenhuizen*, Lelystad: Vermande 2000, p. 94.

88 Zie artikel 24, eerste lid, van het Reglement Geschillencommissie Zorginstellingen april 2013.

89 Zie artikel 24, eerste en tweede lid, van het Reglement Geschillencommissie Zorginstellingen april 2013.

Opgemerkt wordt dat van de Geschillencommissie Zorginstellingen weinig gebruik wordt gemaakt: werden in de periode 1996 tot en met 1999 nog gemiddeld 135 zaken per jaar aanhangig gemaakt,⁹⁰ uit recenter verslaglegging blijkt dat in 2008 76 zaken, in 2009 44 zaken, in 2010 37 zaken, in 2011 35 zaken en in 2012 35 zaken werden ingediend.⁹¹ Ondanks de promotie en de verwachting dat de gang naar de Geschillencommissie veel zou worden benut,⁹² is een toename van het aantal zaken bij de Geschillencommissie dus niet het geval.

2.5 ANDERE JURIDISCHE ACTIES EN HUN VERHOUDING TOT HET CIVIELE AANSPRAKELIJKHEIDSRECHT

2.5.0 *Opmerkingen vooraf*

Naast het instellen van een vordering bij de civiele rechter of de Geschillencommissie Zorginstellingen behoren het indienen van een klacht tegen de arts of het ziekenhuis bij een klachtenfunctionaris of -commissie, het doen van een melding bij de Inspectie voor de Gezondheidszorg, het doen van een verzoek tot onderzoek aan de Nationale ombudsman, het indienen van een klaagschrift bij de tuchtrechter en het doen van aangifte bij justitie met het oog op strafvervolgning door het Openbaar Ministerie tot de mogelijke juridische acties wanneer de patiënt tijdens het zorgproces schade heeft geleden.⁹³ De verschillende acties worden hieronder op hoofdlijnen besproken (par. 2.5.1 – 2.5.5). Zij betreffen alle een actie jegens de arts of het ziekenhuis. Acties tegenover de producent worden buiten beschouwing gelaten, gezien de (in verhouding tot de hulpverlener) kleinere rol van de producent in het zorgproces en gezien het feit dat andere acties – buiten wellicht strafvervolgning – niet tot de mogelijkheden behoren. Daarna volgt een analyse van de verhouding tussen het civiele aansprakelijkheidsrecht en de andere juridische acties (par. 2.5.6). Bezien wordt welke voor- en nadelen de verschillende wegen bieden ten opzichte van het civiele aansprakelijkheidsrecht.

90 Zie N. Doornbos en P.P.M. van Reijssen, *De geschillencommissie ziekenhuizen*, Lelystad: Vermande 2000, p. 52-55.

91 Jaarverslagen 2009, 2010, 2011 en 2012 van de Geschillencommissie Zorginstellingen, te downloaden via de website van de Geschillencommissie <www.degeschillencommissie.nl>.

92 Zie bijvoorbeeld de toespraak Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport d.d. 30 mei 2008.

93 Zie voor een bespreking van verschillende juridische acties ook KNMG, Arts en klacht of geschil, 2004 en E.H. Hulst, 'Zorg in last: civiele aansprakelijkheid voor medische fouten als lijdensweg en het heil dat andere rechtsgangen kunnen bieden', *TGMA* 2012, nr. 4, p. 154-168.

2.5.1 *Een klacht bij de hulpverlener*

Is de arts werkzaam bij een instelling, zoals een ziekenhuis of een gezondheidscentrum, dan heeft de patiënt de mogelijkheid een klacht over het handelen van zijn arts met een *klachtenfunctionaris* of andere vertrouwenspersoon te bespreken.⁹⁴ De klachtenfunctionaris ontbeert een wettelijke basis,⁹⁵ doch de arts dient een klimaat te bevorderen waarin de patiënt zich vrij voelt klachten te uiten en dient op een zorgvuldige wijze met klachten om te gaan.⁹⁶ Staande praktijk is dan ook dat de meeste ziekenhuizen een functionaris in dienst hebben, die voor de patiënt als eerste aanspreekpunt dient en een bemiddelende rol kan spelen tussen de arts en de patiënt. De specifieke taken van de klachtenfunctionaris verschillen echter per ziekenhuis.⁹⁷

Voorts kan de patiënt, diens wettelijk vertegenwoordiger of een nabestaande, een schriftelijke klacht voorleggen aan een binnen het ziekenhuis functionerende *klachtencommissie*.⁹⁸ Zowel instellingen op het terrein van de gezondheidszorg als beroepsbeoefenaren in de gezondheidszorg die zelfstandig zijn gevestigd, zijn ingevolge artikel 2, eerste lid, van de Wet Klachtrecht Cliënten Zorgsector (WKCZ) in verbinding met artikel 2, tweede lid, onder a, WKCZ,⁹⁹ verplicht om een klachtenregeling te hebben die erin voorziet dat klachten van patiënten over 'een gedraging jegens de cliënt van een zorgaanbieder of een voor hem werkzame persoon' worden behandeld door een klachtencommissie.¹⁰⁰ Het doel van de WKCZ is het bieden van een laagdrempelige klachtmogelijkheid, verbetering van de kwaliteit van de zorgverlening en herstel van de hulpverleningsrelatie tussen de aange-

94 Zie de verschillende websites van ziekenhuizen.

95 Het gevolg is dat niet elk ziekenhuis een klachtenfunctionaris heeft.

96 KNMG, Omgaan met incidenten, fouten en klachten: wat mag van artsen worden verwacht?, 2007; KNMG, Klachtenrichtlijn Gezondheidszorg, 2005; CBO Kwaliteitsinstituut voor de gezondheidszorg, Klachtenrichtlijn Gezondheidszorg, Alphen aan den Rijn: Van Zuiden Communications BV 2004 en De Letselschaderaad, Gedragscode Openheid Medische incidenten; betere afwikkeling Medische Aansprakelijkheid (GOMA), Den Haag, maart 2012, p. 15 (aanbeveling 9).

97 Zie over de klachtenfunctionaris ook J.L. Smeehuijzen, K.A.P.C. van Wees, A.J. Akkermans, J. Legemaate, S. van Buschbach en J.E. Hulst (VU Amsterdam), Opvang en schadeafwikkeling bij onbedoelde gevolgen van medisch handelen, 2013, p. 36-37 met verwijzing naar het beroepsprofiel van de klachtenfunctionaris opgesteld door de Vereniging van Klachtenfunctionarissen in Instellingen voor Gezondheidszorg.

98 Zie hiervoor de klachtenregeling van de verschillende ziekenhuizen.

99 Wet van 29 mei 1995, Stb. 1995, 308.

100 Zie ook artikel 2, vierde lid, WKCZ en artikel 2, zesde lid, WKCZ wat overleden patiënten betreft. Zorgaanbieders dienen ingevolge artikel 3 WKCZ op straffe van een schriftelijke aanwijzing of maatregel, de bepalingen van de WKCZ na te leven. Het toezicht op naleving is opgedragen aan de IGZ, aldus artikel 3a WKCZ. Zie voor aanbevelingen tot kwaliteitsverbetering van de klachtprocedure KNMG, Klachtenrichtlijn Gezondheidszorg, 2005 en CBO Kwaliteitsinstituut voor de gezondheidszorg, Klachtenrichtlijn Gezondheidszorg, Alphen aan den Rijn: Van Zuiden Communications BV 2004.

klaagde arts en de klagende patiënt.¹⁰¹ De WKCZ is dan ook vooral bedoeld voor klachten in de relationele of bejegening sfeer.¹⁰²

De zorgaanbieder kan de klachtencommissie zelf samenstellen of zich bij een overkoepelende klachtencommissie aansluiten.¹⁰³ In het geval van een klacht over een huisarts kan de patiënt zich bijvoorbeeld wenden tot de 'Klachtencommissie Huisartsenzorg Haaglanden'.¹⁰⁴ De vrijheid ten aanzien van de samenstelling van de commissie is groot; zij kan zowel wat omvang als wat leden betreft verschillen. Wettelijk bepaald is slechts dat de commissie uit minimaal drie leden, onder wie een voorzitter die niet werkzaam is voor of bij de zorgaanbieder, moet bestaan, aldus artikel 2, tweede lid, onder a, WKCZ.¹⁰⁵ Aan de behandeling van een klacht mag bovendien niet worden deelgenomen door een persoon op wiens gedraging de klacht rechtstreeks betrekking heeft, aldus artikel 2, tweede lid, onder b, WKCZ. De klachtencommissie dient ingevolge artikel 2, derde lid, WKCZ te werken volgens een door haar opgesteld reglement.

Een klachtencommissie kan geen maatregelen treffen en het toekennen van een schadevergoeding behoort evenmin tot de mogelijkheden. Wel kan zij aan de arts of de zorginstelling aanbevelingen doen over hoe de klacht kan worden opgelost en hoe in de toekomst een vergelijkbare klacht kan worden voorkomen. De arts of instelling moet binnen een maand schriftelijk laten weten of en hoe de aanbevelingen worden overgenomen, aldus artikel 2, vijfde lid, WKCZ. Er bestaat echter geen wettelijke verplichting om de aanbevelingen van de klachtencommissie te volgen. Er is evenmin een beroepsmogelijkheid. Wel heeft de klachtencommissie de plicht om in geval van een klacht over een ernstige situatie (dat wil zeggen een klacht over een situatie waarbij sprake is van onverantwoorde zorg) de

101 H.J.J. Leenen, J.K.M. Gevers, J. Legemaate, *Handboek gezondheidsrecht, Deel I*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, vijfde geheel herziene druk 2011, p. 273. Zie voor een jurisprudentieoverzicht WKCZ E.M. Weening, *TvGr* 2000, nr. 7 p. 440 e.v.

102 H.E.G.M. Hermans en M.A.J.M. Buijsen, *Recht en gezondheidszorg*, Amsterdam: Elsevier, tweede geheel herziene druk, 2010, p. 615.

103 Zie uitvoeriger H.J.J. Leenen, J.K.M. Gevers, J. Legemaate, *Handboek gezondheidsrecht, Deel I*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, vijfde geheel herziene druk, 2011, p. 274-276.

104 Zie voor aanbevelingen voor de zelfstandig gevestigd arts KNMG, *Klachtenrichtlijn Gezondheidszorg*, 2005 en CBO Kwaliteitsinstituut voor de gezondheidszorg, *Klachtenrichtlijn Gezondheidszorg*, Alphen aan den Rijn: Van Zuiden Communications BV 2004. Zie voor een overzicht van klachtencommissies per regio voor eerstelijnszorg <www.lhv.artsennet.nl>.

105 De tuchtrechter heeft beslist dat een adviseur van een klachtencommissie tuchtrechtelijk kan worden aangesproken in die hoedanigheid, zie RTG Eindhoven 15 juni 2011, *L/N* YG1167. Zie anders (niet ontvankelijk in klacht tegen arts van klachtencommissie) CTG 27 januari 2009, zaaknr. 2008/287-2008/291. Zie ook W.R. Kastelein en E.W.M. Meulemans, 'Kroniek rechtspraak tuchtrecht', *TvGr* 2009, nr. 2, p. 95; W.R. Kastelein en E.W.M. Meulemans, 'Kroniek rechtspraak tuchtrecht', *TvGr* 2010, nr. 6, p. 464 en W.R. Kastelein en E.W.M. Meulemans, 'Kroniek rechtspraak tuchtrecht', *TvGr* 2012, nr. 2, p.131.

Inspectie voor de Gezondheidszorg hiervan in kennis te stellen, zo blijkt uit artikel 2a, WKCZ.¹⁰⁶

In 1997 is onderzoek verricht naar het aantal bij de ziekenhuizen en artsen ingediende klachten.¹⁰⁷ Hieruit blijkt dat in dat jaar ongeveer 874 klachten werden ingediend.¹⁰⁸ In 1998 werden 733 klachten bij de arts of het ziekenhuis ingediend.¹⁰⁹ Onderzoek uit 2008 toont dat het aantal klachten dat de klachtencommissies in dat jaar behandelden rond de 3.300 lag. Het aantal informeel behandelde klachten bleek meer dan het tienvoudige.¹¹⁰ Dit blijkt eveneens uit de databank van de Nederlandse Vereniging van Ziekenhuizen en uit de jaarverslagen over 2008 van verschillende ziekenhuizen.¹¹¹

2.5.2 *Een melding bij de Inspectie voor de Gezondheidszorg*

De Inspectie voor de Gezondheidszorg (IGZ) is een samenvoeging van de Geneeskundige Inspectie van de volksgezondheid, de Geneeskundige Inspectie voor de geestelijke volksgezondheid en de Inspectie voor Geneesmiddelen. De IGZ maakt deel uit van het Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (VWS) en vormt samen met de Nederlandse Voedsel- en Warenautoriteit het overheidstoezicht op de volksgezondheid. Ingevolge artikel 36 van de Gezondheidswet heeft de IGZ tot taak te controleren of zorgaanbieders zich houden aan de voor hen geldende wetgeving en veldnormen.¹¹² In totaal gaat het om vijftientig wetten, waaronder bijvoorbeeld de Kwaliteitswet Zorginstellingen, de Wet op de Beroepen in de individuele gezondheidszorg, de Geneesmiddelenwet, de Wet bevolkingsonderzoek, de Wet bijzondere opnemings psychiatrische patiënten en de Wet Klachtrecht Cliënten Zorgsector. Om haar taak als toezichthouder op de gezondheidszorg uit te voeren, heeft de IGZ verschillende instrumenten tot haar beschikking. Door middel van gefaseerd toezicht, incidententoezicht (onderzoek naar aanleiding van gesignaleerde

106 Zie ook S. Kruijkemeier e.a., *Ervaringen van mensen met klachten over de gezondheidszorg*, Utrecht: NIVEL 2009, p. 16.

107 Onderzoek door N. Doornbos en P.P.M. van Reijssen in het kader van de Geschillencommissie Ziekenhuizen, zie daarover par. 2.4.3. De resultaten van het onderzoek staan beschreven in De Geschillencommissie Ziekenhuizen. Een eenvoudige procedure voor schadeclaims, Lelystad: Koninklijke Vermande 2000, p. 104-105.

108 N. Doornbos en P.P.M. van Reijssen, De Geschillencommissie Ziekenhuizen. Een eenvoudige procedure voor schadeclaims, Lelystad: Koninklijke Vermande 2000, p. 104.

109 N. Doornbos en P.P.M. van Reijssen, De Geschillencommissie Ziekenhuizen. Een eenvoudige procedure voor schadeclaims, Lelystad: Koninklijke Vermande 2000, p. 105.

110 R. Friele en R. Coppen (NIVEL), 'Wetgeving en de positie van de patiënt: instrument voor verandering of terugvaloptie?', *Recht der Werkelijkheid* 2010, 31 (3), p. 26-39.

111 Zie voor deze databank de website <www.ziekenhuizentransparant.nl>.

112 Wet van 18 januari 1956, Stb. 1956, 51. Zie ook IGZ-handhavingskader, Richtlijn voor transparante handhaving, Den Haag 12 december 2008, p. 6.

of gemelde incidenten) en thematisch toezicht verzamelt zij informatie.¹¹³ Vervolgens analyseert de IGZ deze informatie op risico's voor verantwoorde zorg en toetst zij ter plekke of die risico's aanwezig zijn. Is dat het geval dan bepaalt de IGZ de actie die noodzakelijk is om het geconstateerde risico te verminderen of op te heffen. Soms kan dat een advies zijn, soms moet dat een corrigerende maatregel zijn, een bestuursrechtelijke maatregel of een strafrechtelijke maatregel. Na het opleggen van een maatregel toetst de IGZ of de zorgaanbieder gevolg geeft aan die maatregel.¹¹⁴

Hoewel de IGZ een systeemtoezichthouder is en het onderzoek van meldingen van patiënten niet haar primaire taak is,¹¹⁵ heeft de patiënt de mogelijkheid om bij de IGZ een melding te doen over het functioneren van de patiëntenzorg, de kwaliteitsborging van een zorgaanbieder waarop de IGZ toezicht uitoefent, het professioneel functioneren van beroepsbeoefenaren op het terrein van de gezondheidszorg op wie de IGZ toezicht uitoefent en over een product of apparaat dat toepassing vindt in de gezondheidszorg of de zelfzorg dan wel het handelen van het bij dat product of apparaat betrokken bedrijf. Deze mogelijkheid komt toe aan iedere privépersoon (zelfs anoniem melden kan) en dus ook aan wettelijk vertegenwoordigers, nabestaanden en andere direct bij de patiënt betrokkenen.¹¹⁶

Nadat de melding is gedaan, krijgt de melder een schriftelijke ontvangstbevestiging met uitleg over de verdere procedure. De IGZ beschikt over een leidraad, de Leidraad Meldingen, op basis waarvan zij beoordeelt of een melding nader moet worden onderzocht.¹¹⁷ Ingevolge artikel 6 van de Leidraad Meldingen wordt een melding nader onderzocht indien zij:

- a. naar het oordeel van de IGZ wijst op een situatie die voor de veiligheid van patiënten of de gezondheidszorg een ernstige bedreiging kan betekenen,
- b. naar het oordeel van de IGZ aanleiding geeft te veronderstellen dat het belang van een goede gezondheidszorg anderszins noodzaakt tot onderzoek, of
- c. betrekking heeft op het niet of niet geheel voldoen door een zorgaanbieder aan artikel 2 WKCZ.

113 Zie uitvoeriger over de taken van de IGZ W. Sorgdrager, Van incident naar effectief toezicht, onderzoek naar de afhandeling van dossiers over meldingen door de Inspectie voor de Gezondheidszorg, 19 november 2012, p. 26-28.

114 Zie IGZ-handhavingskader, Richtlijn voor transparante handhaving, Den Haag 12 december 2008, p. 14-15. Zie over de werkwijze van de IGZ ook J. Legemaate, 'Mag de Inspectie voor de Gezondheidszorg zo nodig zelf kwaliteitsnormen formuleren?', *TvGr* 2012, nr. 2, p. 114-120.

115 J. Legemaate, 'De ombudsman en de Inspectie', *NJB* afl. 5/2012 (Opinie).

116 De mogelijkheid blijkt in de praktijk echter niet goed door de IGZ te worden opgepakt, wat samenhangt met haar takenpakket, zie uitvoerig W. Sorgdrager, Van incident naar effectief toezicht, onderzoek naar de afhandeling van dossiers over meldingen door de Inspectie voor de Gezondheidszorg, 19 november 2012, p. 3-4, 102 en hoofdstuk 9 van het rapport.

117 Leidraad Meldingen, maart 2010, te downloaden via de website van de IGZ <www.igz.nl>.

In de praktijk ageert de IGZ naar aanleiding van meldingen over calamiteiten, structurele tekortkomingen, seksueel misbruik en het ontbreken van een goede klachtenregeling. Onder ‘calamiteit’ wordt verstaan een gebeurtenis die onvoorzien of onverwacht is en waarbij iemand ernstig of blijvend letsel heeft opgelopen of is overleden. Een ‘structurele tekortkoming’ is een gebeurtenis die de veiligheid van patiënten of cliënten in gevaar brengt. Onder ‘seksueel misbruik’ wordt verstaan elke vorm van misbruik tussen zorgverlener en patiënt/cliënt, maar ook tussen cliënten onderling, bijvoorbeeld in een instelling voor gehandicapten.¹¹⁸

Uit artikel 10 van de Leidraad Meldingen volgt dat indien de IGZ heeft vastgesteld dat er aanleiding bestaat tot nader onderzoek van de melding, de IGZ de nodige kennis omtrent de relevante feiten vergaart. Bij dit nader onderzoek worden de melder, de arts of het ziekenhuis en, zo mogelijk en zo nodig, andere natuurlijke personen betrokken. De IGZ hoort direct betrokkenen in persoon indien dit naar haar oordeel van belang is voor het nader onderzoek en maakt daarvan een verslag op. Dit verslag wordt voorgelegd aan de personen met wie is gesproken. Voorts krijgen bedoelde personen de gelegenheid om binnen vier weken schriftelijk te reageren op het verslag. Ingevolge artikel 12 van de Leidraad Meldingen worden de relevante feiten vastgelegd in een conceptrapport, dat zo spoedig mogelijk na beëindiging van het nader onderzoek ter kennis wordt gebracht van de arts of het ziekenhuis, de melder en andere direct betrokken natuurlijke personen die gehoord zijn tijdens het nader onderzoek. Degenen aan wie het conceptrapport ter kennis is gebracht, krijgen de gelegenheid binnen vier weken schriftelijk te reageren op de inhoud hiervan. Zo spoedig mogelijk na ontvangst van de schriftelijke reacties, doch in ieder geval binnen vier weken, stelt de IGZ een definitief rapport vast. Dit rapport bevat de conclusies van de IGZ en de door de arts en/of het ziekenhuis te nemen maatregelen. Een financiële compensatie voor de patiënt behoort niet tot de mogelijkheden. Bij de vaststelling van het rapport betreft de IGZ de schriftelijke reacties, aldus artikel 13 van de Leidraad Meldingen (beginsel van hoor en wederhoor).¹¹⁹

Uit een arrest van het Gerechtshof 's-Gravenhage volgt dat het instellen van een onderzoek naar een arts niet met zich brengt dat er een rechtsbetrekking ontstaat tussen de arts en de IGZ op basis waarvan de arts gerechtigd zou zijn om op grond van artikel 843a Rv inzage te verkrijgen in de onderliggende stukken van het rapport. Uit datzelfde arrest volgt dat publicatie van het definitieve rapport uitgangspunt is, doch dat een afweging van belangen – het

¹¹⁸ Zie voor de definities artikel 4a Kwaliteitswet zorginstellingen.

¹¹⁹ Het feit dat een arts de onderliggende stukken wenst in te zien die tot het rapport hebben geleid doet niet de verplichting ontstaan om hoor en wederhoor ten aanzien van deze stukken toe te passen, aldus Gerechtshof 's-Gravenhage 18 april 2012, *LJN* BW4443.

belang van de melder en het ziekenhuis bij publicatie enerzijds en dat van de arts anderzijds – ertoe kan leiden dat publicatie achterwege wordt gelaten. Het hof in kwestie zag daartoe in dit geval geen aanleiding, omdat mede op verzoek van de arts het gereedkomen van het conceptrapport reeds twee jaar op zich had laten wachten, de arts niet aannemelijk had gemaakt dat het eindrapport door kennisname van de stukken tot een wezenlijk andere uitkomst zou leiden en de arts had kunnen reageren op de beschreven feitelijke gang van zaken rondom de calamiteit waarop het rapport was gebaseerd.¹²⁰

Navraag leerde dat het totaal aantal meldingen in 2010 7.161 bedroeg.¹²¹ In 2011 werden er in totaal ongeveer 8.500 meldingen ontvangen, waaronder 1.400 van burgers.¹²² Gepoogd wordt om jaarlijks in ongeveer 3.000 zaken een rapport op te stellen.¹²³

2.5.3 *Een verzoek aan de Nationale ombudsman*

De Nationale ombudsman wordt benoemd door de Tweede Kamer der Staten-Generaal, in beginsel voor de duur van zes jaar, aldus artikel 2 van de Wet Nationale ombudsman.¹²⁴ De taken en bevoegdheden van de Nationale ombudsman worden geregeld in titel 9.2 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb).¹²⁵ De algemene bevoegdheid van de Nationale ombudsman volgt uit artikel 1a van de Wet Nationale ombudsman, in welk artikel is bepaald dat de wet van toepassing is op gedragingen van ministers en ‘andere bestuursorganen’. Uit artikel 1:1, eerste lid, Awb volgt dat onder bestuursorgaan wordt verstaan een orgaan van een rechtspersoon die krachtens publiekrecht is ingesteld (a-orgaan) of een ander persoon of college, met enig openbaar gezag bekleed (b-orgaan). Onder a-organen worden onder meer begrepen academische ziekenhuizen bij de openbare universiteiten. De academische ziekenhuizen van de Vrije Universiteit te Amsterdam en de Universiteit te Nijmegen vallen echter niet onder het begrip.¹²⁶

120 Gerechtshof's-Gravenhage 18 april 2012, LJN BW4443. Zie voor een voorbeeld van een toewijzing Rechtbank Haarlem 30 november 2012, TvGr 2013, nr. 10.

121 Volgens het IGZ-loket d.d. 25 november 2011.

122 W. Sorgdrager, Van incident naar effectief toezicht, onderzoek naar de afhandeling van dossiers over meldingen door de Inspectie voor de Gezondheidszorg, 19 november 2012, p. 3.

123 Zie de informatie op de website van de IGZ <www.igz.nl>.

124 Wet van 4 februari 1981, Stb. 1981, 35.

125 Wet van 4 juni 1992, Stb. 1992, 315.

126 Ingevolge de bijlage bij de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek, Wet van 8 oktober 1992, Stb. 1992, 593. Zie over dit punt ook A.W. de Bruin, ‘De Nationale ombudsman en de zorg’, TvGr 2012, nr. 7, p. 587-588.

Elke burger heeft ingevolge artikel 9:18 Awb het recht om de Nationale ombudsman te verzoeken een onderzoek in te stellen naar een bestuursorgaan, voor zover het betreft een klacht over het functioneren van dat bestuursorgaan.¹²⁷ Aldus heeft de patiënt, maar bijvoorbeeld ook een wettelijk vertegenwoordiger, nabestaande of andere direct bij de patiënt betrokkene, de mogelijkheid om de Nationale ombudsman te verzoeken een onderzoek in te stellen naar een academisch ziekenhuis, met uitzondering van de academische ziekenhuizen van de Vrije Universiteit te Amsterdam en de Universiteit te Nijmegen. Niet-academische ziekenhuizen worden niet aangemerkt als bestuursorganen en daartegen gerichte klachten worden dus niet in behandeling genomen. Een andere beperking is gelegen in de verplichting van artikel 9:20 Awb: de patiënt zal eerst een klachtenprocedure moeten doorlopen bij het desbetreffende academische ziekenhuis.

De Nationale ombudsman bericht binnen drie weken na ontvangst van het verzoekschrift of hij overgaat tot interventie of onderzoek. In geval van interventie probeert de Nationale ombudsman door directe tussenkomst het probleem van de patiënt op te lossen. Het verichten van onderzoek houdt in dat de Nationale ombudsman overgaat tot een feitenonderzoek, waartoe zowel het bestuursorgaan als de patiënt wordt gehoord, aldus artikel 9:30 Awb en artikel 9:31 Awb. Na dit 'hoor en wederhoor' vormt de Nationale ombudsman ingevolge artikel 9:27, eerste lid, Awb zijn oordeel over de gedragingen van het bestuursorgaan. Hij brengt vervolgens ingevolge artikel 9:36 Awb met inachtneming van artikel 10 van de Wet openbaarheid van bestuur (Wob) een rapport uit en sluit daarmee het onderzoek. Het rapport is openbaar.¹²⁸ De klacht van de patiënt kan gegrond of ongegrond worden verklaard. Voorts kan de Nationale ombudsman verbeteringen voorstellen, aldus artikel 9:36, vierde lid, Awb in verbinding met artikel 9:27, derde lid, Awb. Een financiële compensatie voor de patiënt behoort niet tot de mogelijkheden.

Het middel wordt niet vaak ingezet voor het ter verantwoording roepen van een academisch ziekenhuis, althans het leidt niet vaak tot een rapport. In 2011 verschenen er drie rapporten en in 2010 eveneens.¹²⁹

127 Zie voor de eisen van het verzoekschrift artikel 9:28 Awb.

128 Zie voor voorbeelden rapport 2011/357 (Baby Jelmer); rapport 2011/049; rapport 2011/024; rapport 2010/026; rapport 2007/198; rapport 2001/348 en rapport 2007/286.

129 Rapporten 2010: 2010/265; 2010/035 en 2010/026. Rapporten 2011: 2011/357; 2011/305 en 2011/049.

2.5.4 Een klaagschrift bij de tuchtrechter

De Wet op de Beroepen in de individuele gezondheidszorg (Wet BIG) bevat regels voor de kwaliteit van de zorgverlening door beroepsbeoefenaren in de gezondheidszorg.¹³⁰ Onderdeel van de kwaliteitshandhaving is de registratie in het zogeheten ‘BIG-register’ van de in artikel 3 Wet BIG genoemde beroepsbeoefenaren, zijnde de arts, de tandarts, de apotheker, de gezondheidszorgpsycholoog, de psychotherapeut, de fysiotherapeut, de verloskundige en de verpleegkundige.¹³¹ Een ander onderdeel van de kwaliteitshandhaving betreft het tuchtrecht, toegepast door de tuchtrechter.¹³² Het doel van het tuchtrecht is het bevorderen en bewaken van de kwaliteit van de beroepsuitoefening.¹³³ Er zijn vijf Regionale Tuchtcolleges voor de Gezondheidszorg (RTG) met elk een eigen ambtsgebied en één hoger beroepsinstantie, het Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg te 's-Gravenhage (CTG), aldus artikel 53, respectievelijk artikel 73 Wet BIG. In het RTG hebben twee juristen en drie beroepsgenoten zitting. In het CTG hebben drie juristen en twee beroepsgenoten zitting. Voorts is cassatie in het belang der wet bij de Hoge Raad mogelijk, in te stellen door de Procureur-Generaal, aldus artikel 75 Wet BIG.¹³⁴ Vragen die in cassatie aan de orde kunnen komen, zijn bijvoorbeeld algemene vragen op het gebied van het tuchtrecht.¹³⁵

De tuchtnormen staan in artikel 47 Wet BIG. Het artikel bepaalt dat de in het BIG-register ingeschreven arts, tandarts, apotheker, gezondheidszorgpsycholoog, psychotherapeut, fysiotherapeut, verloskundige of verpleegkundige onderworpen is aan tuchtrechtspraak ter zake van:

130 Wet van 11 november 1993, Stb. 1993, 655, gewijzigd bij wet van 7 november 2011, Stb. 2011, 568. Zie ook Besluit van 20 mei 1997, houdende regelen inzake tuchtrechtspraak en maatregelen wegens ongeschiktheid. De Minister van VWS heeft op 1 maart 2012 een evaluatie van de Wet BIG aangekondigd, brief kenmerk MEVA/BO-3082928. De resultaten van deze evaluatie worden in het voorjaar van 2013 verwacht. Zie voorts Kamerstukken II 2011/12, 33000 XVI, nr. 168 (Brief van de Minister van VWS) en Kamerstukken II 2011/12, 33000 XVI, nr. 194 (Verslag van een schriftelijk overleg). Zie ook Kamerstukken II 2011/12, 21501-31, nr. 275 (Brief van de Minister van VWS) over de inspanningen voor meer transparantie over onbevoegde beroepsbeoefenaren in de zorg in Europa.

131 Zie nader over de registratie van de beroepsbeoefenaren en de vraag of het systeem van registratie anno 2013 voldoet D.Y.A. van Meersbergen, ‘Beroepenwetgeving: in de pas met de praktijk?’, *TvGr* 2013, nr. 3, p. 257-266.

132 Een tuchtprocedure wordt beheerst door artikel 6, eerste lid, EVRM, zie HR 7 februari 1986, *NJ* 1986, 791, met nt. E.A. Alkema en HR 15 november 1996, *NJ* 1997, 275. Een tuchtklacht wordt echter niet als een *criminal charge* beschouwd, zie CTG 19 juni 2007, *TvGr* 2007, nr. 41, met nt. B. Sluijters.

133 Zie onder meer Jaarverslag Tuchtcolleges voor de Gezondheidszorg 2011. Zie voorts de brief van de Minister van VWS 22 januari 2013, kenmerk: MEVA-U-3150929.

134 Zie voor een voorbeeld van een zaak waarin cassatie in het belang der wet werd ingesteld HR 7 november 2008, *NJ* 2009, 436, met nt. J. Legemaate.

135 Kamerstukken II 1991/92, 19522, nr. 46, p. 7 (Zesde Nota van wijziging).

- a. enig handelen of nalaten in strijd met de zorg die hij in die hoedanigheid behoort te betrachten ten opzichte van:
 - 1°. degene, met betrekking tot wiens gezondheidstoestand hij bijstand verleent of zijn bijstand is ingeroepen;
 - 2°. degene die, in nood verkerende, bijstand met betrekking tot zijn gezondheidstoestand behoeft;
 - 3°. de naaste betrekkingen van de onder 1° en 2° bedoelde personen;
- b. enig ander dan onder a bedoeld handelen of nalaten in die hoedanigheid in strijd met het belang van een goede uitoefening van individuele gezondheidszorg.

Bij de hantering van de tuchtrechtelijke normen staat dus het handelen van de arts, tandarts, apotheker, gezondheidszorgpsycholoog, psychotherapeut, fysiotherapeut, verloskundige en verpleegkundige centraal.¹³⁶ Het criterium is niet of met deze beroepsbeoefenaar een (formele) behandelrelatie heeft bestaan, maar of de beroepsbeoefenaar zich met zijn gedragingen op het terrein van de individuele gezondheidszorg heeft begeven.¹³⁷ Het tuchtrecht is bovendien beperkt tot het optreden van de beroepsbeoefenaar in diens hoedanigheid van geregistreerde; de beroepsbeoefenaar die ten tijde van het klachtwaardig handelen niet was ingeschreven, kan niet tuchtrechtelijk worden aangesproken en leidt tot een niet-ontvankelijkheid van de klager.¹³⁸

De eerste tuchtnorm (a) stelt de zorgvuldigheid ten opzichte van de individuele patiënt en zijn naasten – dit kunnen zijn een echtgeno(o)t(e), een partner, wettelijk vertegenwoordiger of kinderen – voorop.¹³⁹ De tweede tuchtnorm (b) ziet op het algemeen maatschappelijk belang en wordt beschouwd als een aanvulling op de eerste norm: zij omvat gedragingen die niet door de eerste tuchtnorm worden bestreken, maar die niettemin in strijd

136 Persoonlijke verwijtbaarheid dus. Zie echter voor tuchtrechtelijke verwijtbaarheid van verschillende artsen binnen een maatschap wanneer de verantwoordelijkheid ten opzichte van de patiënt collectief gedragen wordt CTG 4 maart 2004, *TvGr* 2004, nr. 30 ('oprekkings' persoonlijke verwijtbaarheid). Zie weer anders CTG 15 december 2011, *LJN* YG1623 en CTG 15 december 2011, *LJN* YG1628. Zie nader over dit onderwerp A. Rube, 'Tuchtrecht in de gezondheidszorg: tijd voor verandering', *TvGr* 2013, nr. 3, p. 246-256.

137 Kamerstukken II 1985/86, 19522, nr. 3, p. 74 (MvT). Zie voor de definitie van handelingen op het gebied van de individuele gezondheidszorg artikel 1, eerste lid, Wet BIG: alle andere verrichtingen – het onderzoeken en het geven van raad daaronder begrepen –, rechtstreeks betrekking hebbende op een persoon en ertoe strekkende diens gezondheid te bevorderen of te bewaken evenals de in artikel 1, tweede lid, Wet BIG genoemde handelingen. Zie ook HR 15 oktober 1999, *NJ* 2001, 42.

138 Niet ontvankelijkheid komt voor de onbevoegdheid van de rechter. Zie voor een voorbeeld CTG 2 augustus 2012, *Stcrt.* 2012, 15987. Dat dezelfde handelingen ook door een niet geregistreerd arts kunnen worden verricht, staat er niet aan in de weg dat er geklaagd kan worden over datzelfde handelen van een wel geregistreerd arts, aldus CTG 7 juni 2012, *Stcrt.* 2012, 11941. Zie voor de problematiek in het geval de arts twee registraties heeft (en zijn handelen betrekking heeft op een van die hoedanigheden) RTG Amsterdam 19 juli 2012, *LJN* YG2236.

139 Kamerstukken II 1985/86, 19522, nr. 3, p. 75 (MvT).

zijn met het algemeen belang gelegen in een goede uitoefening van de individuele gezondheidszorg.¹⁴⁰ Onder deze tuchtnorm valt bijvoorbeeld het handelen of nalaten van een geregistreerd beroepsbeoefenaar in diens coördinerende en leidinggevende functie.

Eerder werd door het CTG geoordeeld dat een arts/directeur patiëntenzorg van een ziekenhuis niet tuchtrechtelijk kon worden aangesproken in zijn hoedanigheid van directeur patiëntenzorg. Hetzelfde gold voor de voorzitter van de Raad van Bestuur en het lid van het bestuur van een huisartsenpost.¹⁴¹ Het CTG is thans echter – in afwijking van zijn eerdere jurisprudentie – van oordeel dat een geregistreerd beroepsbeoefenaar in diens coördinerende en leidinggevende functie weldegelijk tuchtrechtelijk kan worden aangesproken voor zijn handelen of nalaten. Het betreft immers gedrag op het terrein van de individuele gezondheidszorg.¹⁴² Overigens moet worden voorkomen dat de beroepsbeoefenaar tuchtrechtelijk wordt aangesproken voor keuzes in de bedrijfsvoering waarvoor hem in zijn managementfunctie in beginsel beleidsvrijheid toekomt, ook al kunnen die keuzes gevolgen hebben voor de individuele zorgverlening.¹⁴³

Een voorbeeld van een uitspraak waarin het CTG ‘om ging’ betrof het handelen van een verpleegkundige in een coördinerende en leidinggevende functie. Vast stond dat deze zich niet had bezig gehouden met de zorg voor de individuele patiënt. Ten aanzien van het daarop gebaseerde niet-ontvankelijkheidverweer overwoog het CTG als volgt: ‘De tuchtnormen zoals neergelegd in artikel 47 lid 1 Wet BIG betreffen niet alleen handelen of nalaten in strijd met de zorg die een beroepsbeoefenaar dient te betrachten (de eerste tuchtnorm), maar ook enig ander handelen of nalaten in strijd met het belang van een goede uitoefening van de individuele gezondheidszorg (artikel 47 lid 1 onder b Wet BIG, de tweede tuchtnorm). Het is kennelijk de bedoeling van de wetgever geweest dat ook dit laatste handelen of nalaten tot een tuchtrechtelijke veroordeling zou kunnen leiden, mits dat voldoende weerslag heeft op het belang van de individuele gezondheidszorg (Kamerstukken II 1985-1986, 19522, nr. 3, p.74-76 en 1987-1988, 19522, nr.7, p. 97-98). Tegen die achtergrond is het Centraal Tuchtcollege van oordeel dat de omschrijving van handelingen op het gebied van de individuele gezondheidszorg zoals opgenomen in artikel 1 van de Wet

140 Kamerstukken II 1985/86, 19522, nr. 3, p. 75 (MvT).

141 CTG 18 december 2001, Stcrt. 2002, 10, p. 13; CTG 20 januari 2005, *TvGr* 2005, nr. 11 en CTG 14 oktober 2004, zaaknr. 2003/091. Zie ook RTG Zwolle 3 november 1990, *TvGr* 1991, nr. 36 en RTG 's-Gravenhage 26 oktober 2010, zaaknr. 2008 H 178f (niet gepubliceerd).

142 Zie over het ‘omgaan’ van het CTG ook uitdrukkelijk het jaarverslag van de tuchtcolleges over 2011.

143 CTG 19 april 2011, *LJN* YG1057.

BIG er niet aan in de weg hoeft te staan dat handelen van verpleegkundigen in een coördinerende of leidinggevende functie als tuchtrechtelijk relevant aan de tuchtrechter wordt voorgelegd. Dat betekent dat klagers ontvankelijk zijn in hun klacht en dat het incidenteel beroep moet worden verworpen.¹⁴⁴

Andere voorbeelden van gedragingen die onder de tweede tuchtnorm vallen, zijn het niet-collegiaal samenwerken door een beroepsbeoefenaar (denk aan het geval waarbij een beroepsbeoefenaar door zijn collega's niet wordt toegelaten tot een waarnemingsregeling ten gevolge waarvan een goede hulpverlening aan patiënten van eerstbedoelde beroepsbeoefenaar indien deze afwezig is, niet gewaarborgd is), het in het openbaar doen van uitlatingen, waarbij ten onrechte een bepaalde vorm van verlening van gezondheidszorg in een kwaad daglicht wordt gesteld en waardoor bij het publiek ten onrechte onrust wordt gewekt, het tekortschieten in zorg ten aanzien van personen die bloed of weefsel ten behoeve van transplantatie hebben afgestaan en het plegen van fraude ten opzichte van ziektekostenverzekeraars.¹⁴⁵

Niet elke uitlating in de pers valt onder de tweede tuchtnorm, zo valt af te leiden uit een uitspraak van het CTG. In de zaak die aan het CTG voorlag, ging het om uitlatingen van een psychiater in een van zijn hand afkomstig en gepubliceerd artikel over het gedrag/de gezondheidstoestand van Volkert van der G. In het artikel beschreef de psychiater dat het beeld, dat hij via de media van Volkert van der G. kreeg, hem de indruk gaf dat bij Volkert van der G. sprake was van autistische problematiek. Klager – Volkert van der G. – werd evenwel in zijn klacht niet-ontvankelijk geacht, omdat de uitlatingen van de psychiater niet onder een van beide tuchtnormen zou vallen. De psychiater zou alleen als deskundige aandacht hebben gevraagd voor aspecten die mogelijk onderbelicht werden.¹⁴⁶

Het is de vraag of deze uitspraak in 2012 op dezelfde wijze zou zijn gedaan. Zoals hiervoor is besproken, hanteert het CTG thans als criterium voor de vraag of het handelen van een beroepsbeoefenaar onder de tweede tuchtnorm kan worden gegrepen of dat handelen voldoende weerslag heeft op het belang van de individuele gezondheidszorg.¹⁴⁷ Anders is bijvoorbeeld geoordeeld naar aanleiding van een klacht over de uitlatingen van de Nederlandse neurochirurg

144 CTG 5 juli 2011, *LJN* YG1323. Zie ook CTG 19 april 2011, *LJN* YG1057 en CTG 18 oktober 2011, *LJN* YG1454. Zie voor een bespreking ook W.R. Kastelein en E.W.M. Meulemans, 'Kroniek rechtspraak tuchtrecht', *TvGr* 2010, nr. 6, p. 131.

145 Kamerstukken II 1985/86, 19522, nr. 3, p. 75-76 (MvT) en Kamerstukken II 1987/88, 19522, nr. 6, p. 97 (MvA).

146 CTG 22 november 2004, *TvGr* 2005, nr. 10, met (kritische) nt. B. Sluijters.

147 CTG 19 april 2011, *LJN* YG1057; CTG 5 juli 2011, *LJN* YG1323 en CTG 18 oktober 2011, *LJN* YG1454.

over de toestand van Zijne Koninklijke Hoogheid Prins Johan Friso van Oranje-Nassau in NRC Handelsblad.¹⁴⁸ Het RTG Amsterdam achtte de IGZ ontvanke-
lijk, het beroep gegrond en legde de arts een berisping op.¹⁴⁹

Voor de patiënt zal voornamelijk de eerste tuchtnorm van belang zijn, omdat deze norm ziet op de behandeling van de individuele patiënt in kwestie. Het betreft een open norm die, al naar gelang de omstandigheden van het geval, ingevuld moet worden. Dit gebeurt vaak door richtlijnen, protocollen of vakliteratuur (zelfregulering) waarin beroepsbeoefenaren hebben neergelegd wat volgens de beroepsgroep als verantwoorde of goede zorg wordt gezien.¹⁵⁰ De tuchtrechter zal dergelijke richtlijnen en protocollen gebruiken in zijn overwegingen, maar uiteindelijk zelf het oordeel vellen of de beroepsbeoefenaar in kwestie aan de norm heeft voldaan.¹⁵¹ De uitspraak van de tuchtrechter is daarmee een op zichzelf staande 'bron' die de in acht te nemen norm invult.¹⁵² Uitspraken van de tuchtrechter zijn bovendien vaak weer aanleiding om nieuwe richtlijnen op te stellen of oude te wijzigen.¹⁵³ Omdat de eerste tuchtnorm lijkt op die van het civiele aansprakelijkheidsrecht, inhoudende dat de arts de zorg van een goed hulpverlener moet betrachten (artikel 7:453 BW), is het tuchtrecht tevens van belang ter invulling van de norm van het civiele aansprakelijkheidsrecht.¹⁵⁴ Hoewel de tuchtprocedure niet tot doel heeft de civielrechtelijke aansprakelijkheid vast te stellen, vormt het oordeel van de tuchtrechter over de norm van de in acht te nemen zorg een belangrijke indicatie voor de aansprakelijkheid.¹⁵⁵ Om die reden dient de rechter, die bij de civielrechtelijke beoordeling van het medisch handelen van een arts tot een ander oordeel komt dan de tuchtrechter die over hetzelfde medisch handelen oordeelde, zijn oordeel zodanig te motiveren dat dit, ook in het licht van de beoordeling door de tuchtrechter, voldoende begrijpelijk is.¹⁵⁶ Andersom zal de tuchtrechter ook rekening houden met de uitspraak van de civiele rechter. Onduidelijk is of dit een 'moeten' of een 'mogen' betreft. Gezien echter de overeenkomsten in de norm en gezien het belang van de rechtszekerheid (een eenduidige invulling van normen) lijkt het verdedigbaar dat ook de tucht-

148 NRC Handelsblad 18 februari 2012.

149 RTG Amsterdam 23 april 2013, *LJN* YG3015.

150 Zie ook Rapport van de werkgroep tuchtrecht, Beleidsuitgangspunten wettelijk geregeld tuchtrecht (Rapport Huls), Den Haag, 2006, p. 14.

151 Zie voor voorbeelden RTG 's-Gravenhage 8 mei 2012, *LJN* YG2008 en RTG 's-Gravenhage 8 mei 2012 *LJN* YG2010.

152 Zie ook hoofdstuk 4, par. 4.2.1.4. Zie ook de bijdrage van J. Legemaate in het Jaarverslag van de Tuchtcolleges voor de Gezondheidszorg, 2011, p. 13-15.

153 Zie ook de bijdrage van J. Legemaate in het Jaarverslag van de Tuchtcolleges voor de Gezondheidszorg, 2011, p. 13-15.

154 Zie par. 2.4.2.2 en 2.4.2.3.

155 HR 10 januari 2003, *NJ* 2003, 537, met nt. W.M. Kleijn.

156 HR 12 juli 2002, *NJ* 2003, 151, met nt. F.C.B. van Wijmen. Zie ook Rechtbank Arnhem 17 mei 2006, zaaknr. 123017/HA ZA 05-179 (niet gepubliceerd); Rechtbank Leeuwarden 16 maart 2011, *L&S* 2011, 240 en Gerechtshof Amsterdam 2 augustus 2011, *LJN* BR4200.

rechter wanneer hij afwijkt van het oordeel van de civiele rechter, de reden daarvoor zal moeten motiveren.

Het RTG Eindhoven bijvoorbeeld, bij welk college een patiënt dezelfde klachten had ingediend als hij eerder ten grondslag had gelegd aan een civiele vordering, verwees uitdrukkelijk naar het onherroepelijk geworden vonnis van de rechtbank en ging uit van de juistheid van het oordeel.¹⁵⁷ Het CTG ging niet in op het verweer van de arts dat het RTG niet op het oordeel van de civiele rechter mocht afgaan, maar deed wel een eigen onderzoek naar het handelen van de arts.¹⁵⁸

Het berechtende tuchtcollege kan ten aanzien van de arts de volgende tuchtrechtelijke maatregelen opleggen:¹⁵⁹ waarschuwing,¹⁶⁰ berisping, geldboete van ten hoogste € 4.500, schorsing van de inschrijving in het register voor ten hoogste één jaar,¹⁶¹ gedeeltelijke ontzegging van de bevoegdheid (in het register ingeschreven staande) het betrokken beroep uit te oefenen,¹⁶² of doorhaling van de inschrijving in het register,¹⁶³ aldus artikel 48, eerste lid, Wet BIG. Een financiële compensatie voor de patiënt behoort vooralsnog niet tot de mogelijkheden.¹⁶⁴ Er is wel een voorstel in die richting gedaan.¹⁶⁵ De wijze waarop de maatregelen kunnen worden opgelegd of ten uitvoer gelegd is nader uitgewerkt in artikel 48, tweede tot en met negende lid, Wet BIG. Zo is in het tweede lid bepaald dat de maatregelen ook gezamenlijk kunnen worden opgelegd. In het derde lid is voorts bepaald dat in plaats van een doorhaling – als de door te halen inschrijving reeds eerder is gelast – als maatregel een ontzegging van het recht om opnieuw in het register te worden ingeschreven kan worden opgelegd. Van belang in het kader van een doorhaling is ook het achtste lid: bij het opleggen van de maatregel van een doorhaling van de inschrijving kan de tuchtrecht-

157 RTG Eindhoven 4 augustus 2008, zaaknr. 0794.

158 CTG 1 april 2010, LJV YG0198. Ook genoemd door J. Meyst-Michels, 'Kroniek medische aansprakelijkheid', *AV&S* 2011, nr. 1, p. 22-39.

159 Een maatregel is geen straf maar beoogt primair correctie van ongewenst gedrag van beroepsbeoefenaren om herhaling te voorkomen, zie brief van de Minister van VWS 22 januari 2013, kenmerk: MEVA-U-3150929. Een tuchtklacht wordt ook niet als een *criminal charge* beschouwd, zie CTG 19 juni 2007, *TvGr* 2007, nr. 41, met nt. B. Sluijters.

160 De waarschuwing wordt gezien als een zakelijke terechtwijzing die de onjuistheid van een handelwijze naar voren brengt zonder daarop het stempel van laakbaarheid te drukken, Kamerstukken II 1985/86, 19522, nr. 3, p. 76 (MvT). Zie voor een voorbeeld waarin dit door het tuchtcollege wordt overwogen CTG 2 augustus 2012, *Stcrt.* 2012, 15986.

161 Tijdens die periode mag de beroepsbeoefenaar zijn titel niet gebruiken en zijn beroep niet uitoefenen.

162 De beroepsbeoefenaar blijft geregistreerd, maar mag bepaalde handelingen niet verrichten.

163 De beroepsbeoefenaar raakt zijn titel kwijt en mag het beroep niet langer uitoefenen.

164 Zie over schadevergoeding in het tuchtrecht ook het Rapport van de werkgroep tuchtrecht, Beleidsuitgangspunten wettelijk geregeld tuchtrecht (Rapport Huls), Den Haag, 2006, p. 41-42.

165 Kamerstukken II 2007/08, 29279, nr. 61, p. 7-9 (Brief van de Staatssecretaris van Justitie). Zie voor commentaar daarop E. Elenbaas, 'Geen schadevergoeding in het wettelijk geregeld tuchtrecht!', *NJB afl.* 38/2009, p. 2486.

ter tevens, indien het belang van de bescherming van de individuele gezondheidszorg dat vordert, bij wijze van voorlopige voorziening, een schorsing van de inschrijving opleggen.

Ingevolge artikel 48, zesde lid, Wet BIG voorts kan de schorsing van de inschrijving in het register ook *voorwaardelijk* worden opgelegd en wordt deze niet ten uitvoer gelegd dan nadat het tuchtcollege dat de maatregel heeft opgelegd, tenuitvoerlegging heeft gelast op grond dat de beroepsbeoefenaar binnen een bij die oplegging te bepalen proeftijd van ten hoogste twee jaar een gestelde voorwaarde niet is nagekomen.¹⁶⁶ Opmerkelijk is dat de Wet BIG – naast de tenuitvoerlegging van de schorsing – (nog) geen sanctie kent in geval de beroepsbeoefenaar niet aan de voorwaarden voldoet of anderszins in strijd met het tuchtrecht handelt tijdens een schorsing.¹⁶⁷ De tuchtrechter blijkt in deze leemte te voorzien door op verzoek van de IGZ het handelen van de beroepsbeoefenaar aan een tuchtrechtelijke beoordeling te onderwerpen, hetgeen kan resulteren in een verlenging van de proefperiode.¹⁶⁸

In gevallen waarin een gedeeltelijke ontzegging, doorhaling of ontzegging van het recht opnieuw in het register te worden ingeschreven, is opgelegd kan – zo bijzondere omstandigheden dat wettigen – bij koninklijk besluit worden bepaald dat de beroepsbeoefenaar in de hem ontzegde bevoegdheid wordt hersteld, onderscheidenlijk dat hij, tenzij een buiten de opgelegde maatregel staande weigeringsgrond aanwezig blijkt, wederom in het register zal kunnen worden ingeschreven, aldus artikel 50, eerste lid, Wet BIG.¹⁶⁹ In dat koninklijk besluit kunnen, al dan niet met een beperking tot een in dat besluit te bepalen proeftijd, voorwaarden worden gesteld. Indien blijkt dat de beroepsbeoefenaar zich schuldig heeft gemaakt aan niet-naleving van een gestelde voorwaarde, kan, onder intrekking van dat besluit, bij koninklijk besluit worden bepaald dat de opgelegde maatregel opnieuw van kracht wordt. In het koninklijk besluit dat aan de beroepsbeoefenaar het recht verleent wederom in het register te worden ingeschreven, kan ook worden bepaald dat dit recht pas ingaat zodra de beroepsbeoefenaar aan vooraf te vervullen bijzondere voorwaarden zal hebben voldaan, aldus artikel 50, tweede lid, Wet BIG.

166 De beroepsbeoefenaar mag zijn titel tijdens de proeftijd blijven gebruiken en zijn beroep blijven uitoefenen. Een voorbeeld van een voorwaarde is het deelnemen aan een bijscholingscursus, zie Kamerstukken II 1985/86, 19522, nr. 3 (MvT), p. 116.

167 De Minister van VWS is voornemens met een voorstel te komen dat de mogelijkheid bevat om handelen in strijd met een schorsing en ander handelen in strijd met het tuchtrecht tijdens een schorsing te kunnen aanpakken, zie brief Minister van VWS 1 maart 2012, kenmerk: MEVA/BO-3082928 en brief van de Minister van VWS 22 januari 2013, kenmerk: MEVA-U-3150929. Zie voorts Kamerstukken II 2011/12, 3300 XVI, nr. 194 (Verslag van een schriftelijk overleg).

168 Zie RTG Eindhoven 28 november 2011, *LJN* YG1546.

169 Zie voor een voorbeeld van een verzoek door een tandarts tot herstel en de daarop volgende procedure in bezwaar en beroep Rechtbank Leeuwarden 2 februari 2010, *LJN* BL1961 evenals Rechtbank Leeuwarden 22 juli 2011, *LJN* BR2586 en in hoger beroep ABRvS 14 maart 2012, *LJN* BV8772.

Van een schorsing van de inschrijving, eventueel opgelegde voorwaarden, een gedeeltelijke ontzegging om het beroep uit te oefenen of een doorhaling, wordt aantekening gemaakt in het BIG-register. Sinds 1 juli 2012 worden ook berispingen en geldboetes (tijdelijk¹⁷⁰) openbaar gemaakt in het BIG-register, evenals de ontzegging van het recht om opnieuw in het register te worden ingeschreven onder vermelding van de aard van het vergrijp dat tot de maatregel heeft geleid.¹⁷¹ Daarnaast worden buitenlandse maatregelen die een beperking van de bevoegdheid inhouden, openbaar gemaakt.¹⁷² Het BIG-register is door iedereen te raadplegen.¹⁷³

Opgemerkt zij nog dat ingevolge artikel 56, tweede lid, van Richtlijn 2005/36/EU betreffende de erkenning van beroepskwalificaties opgelegde tuchtrechtelijke maatregelen door de Lidstaten aan elkaar kenbaar moeten worden gemaakt.¹⁷⁴ Desalniettemin blijkt hier een probleem te liggen: er worden drempels gevoeld om de gegevens uit te wisselen, er bestaan meningsverschillen over welke gegevens moeten worden uitgewisseld, niet elke Lidstaat vindt het van belang of gerechtvaardigd om gegevens over zaken uit te wisselen en niet elke Lidstaat hecht evenveel belang aan de totstandbrenging van een goed functionerend uitwisselingssysteem. Wel bestaat sinds enige tijd een informeel samenwerkingsverband van bevoegde autoriteiten binnen de Europese Unie (EU), onder de naam 'Healthcare Professionals Crossing Borders'.¹⁷⁵ Een belangrijk streven van het samenwerkingsverband is de verbetering van de wederzijdse gegevensverstrekking. Het uitgangspunt daarbij is dat een beroepsbeoefenaar die van de ene EU-lidstaat naar de andere verhuist, in het 'ontvangende' land een schriftelijke verklaring moet overleggen ('*certificate of current professional status*'), afkomstig van de bevoegde autoriteit uit het land van herkomst. Hieruit moet blijken of met betrekking tot de beroepsbeoefenaar in het land van herkomst beroepsbeperkende maatregelen zijn getroffen door een tuchtrechter.¹⁷⁶

170 Een berisping, een geldboete, een schorsing en een gedeeltelijke ontzegging zijn vijf jaar zichtbaar. Een ontzegging van recht wederom in het register te worden ingeschreven en een doorhaling zijn tien jaar zichtbaar.

171 Kamerstukken I 2010/11, 32261, nr. A (Gewijzigd Voorstel van Wet). Op 29 maart 2011 is het wetsvoorstel aangenomen door de Tweede Kamer. De Eerste kamer heeft het voorstel op 1 november 2011 als hamerstuk afgedaan. Zie hierover ook M.A.J.M. Buijsen, 'De openbaarmaking van niet-beroepsbeperkende tuchtmaatregelen', *TvGr* 2011, nr. 6, p. 460-471. Zie voorts Brief Minister van VWS 1 maart 2012, kenmerk: MEVA/BO-3082928 en Kamerstukken II 2011/12, 33000 XVI, nr. 194 (Verslag van een schriftelijk overleg).

172 Kamerstukken II 2011/12, 33000 XVI, nr. 194 (Verslag van een schriftelijk overleg).

173 Zie <www.bigregister.nl>.

174 PbEU L 255/22 van 30 september 2005.

175 Zie <www.hpcb.eu>.

176 Zie ook J. Legemaate, Verantwoordelijkheid nemen voor kwaliteit, Advies naar aanleiding van de aanbevelingen van de Inspectie voor de Gezondheidszorg in haar rapport over de zaak van de Twentse neuroloog, Amsterdam, 12 mei 2009, p. 25-26.

Een tuchtprocedure vangt aan met het indienen van een klaagschrift bij het bevoegde RTG. In eerste aanleg is het RTG binnen het ambtsgebied waarvan de te berechten beroepsbeoefenaar zijn woonplaats heeft bevoegd tot het behandelen van een zaak, aldus artikel 54 Wet BIG. Het op de Wet BIG gebaseerde Tuchtrechtbesluit BIG,¹⁷⁷ artikel 3, kent daarnaast aanvullende regels ter bepaling van de competentie. De schriftelijke klacht kan worden ingediend door een rechtstreeks belanghebbende, aldus artikel 65, eerste lid, sub a, Wet BIG. Hieronder wordt in elk geval de meerderjarige patiënt verstaan.

Daarbij zij opgemerkt dat ingevolge Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW (artikel 7:447, derde lid, BW) een minderjarige die de leeftijd van zestien jaar heeft bereikt, bekwaam is om in op die behandelingsovereenkomst betrekking hebbende aangelegenheden in en buiten rechte op te treden. Omdat er wel van wordt uitgegaan dat Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW het hoofdregiem aangeeft,¹⁷⁸ lijkt het mogelijk dat de minderjarige van zestien jaar en ouder ook bekwaam is een tuchtrechtelijke procedure aan te spannen jegens de beroepsbeoefenaar die hem geneeskundige behandelde. Uit de uitspraken van de tuchtrechters kan echter een afwijkende, noch bevestigende, regel worden afgeleid.

Onder rechtstreeks belanghebbenden worden tevens begrepen de wettelijk vertegenwoordiger van de patiënt en diens nabestaande(n).¹⁷⁹ Een werkgever van de patiënt wordt niet als zodanig gezien, tenzij hij degene is geweest die de beklaagde arts opdracht tot het verlenen van individuele gezondheidszorg heeft gegeven, zoals aan een bedrijfsarts, aldus artikel 65, eerste lid, sub b, Wet BIG.¹⁸⁰ Een andere naaste betrekking kan rechtstreeks belanghebbende zijn wanneer de patiënt met indiening van de klacht instemt.¹⁸¹ Ook de zorginstelling waar de aan te klagen arts werkzaam is, kan ingevolge artikel 65, eerste lid, sub c, Wet BIG een klaagschrift indienen,¹⁸² evenals de zorgverzekeraar waarbij de arts is

177 Besluit van 20 mei 1997, houdende regelen inzake tuchtrechtspraak en maatregelen wegens ongeschiktheid, Stb. 1997, 238.

178 Zie J.C.J. Dute en J.K.M. Gevers, 'Wilsonbekwaamheid en vertegenwoordiging', *TvGr* 2012, nr. 5, p. 380-389.

179 Zie voor een voorbeeld RTG Zwolle 11 januari 2007, zaaknr. 154/05. Zie uitvoeriger over de kring van klachtgerechtigden ook de bijdrage van J.W.S. Holtrop in het Jaarverslag van de Tuchtcolleges voor de Gezondheidszorg, 2012, p. 10-13.

180 Zie voor voorbeelden van niet ontvankelijkheid RTG 's-Gravenhage 6 juli 2010, *LJN* YG0413 en CTG 18 oktober 2011, *LJN* YG1455. Wel ontvankelijk was een studente die een klacht indiende tegen haar stagebegeleider: CTG 12 mei 2011, *LJN* YG1103.

181 Zie voor een voorbeeld CTG 13 juli 2006, zaaknr. 2005/026.

182 Zie deze informatie op de website van de tuchtcolleges <www.tuchtcollege-gezondheidszorg.nl>.

ingeschreven,¹⁸³ en de IGZ op grond van artikel 65, eerste lid, sub d, Wet BIG.¹⁸⁴ Indiening van het klaagschrift moet gebeuren binnen tien jaar na de dag waarop het desbetreffende handelen of nalaten heeft plaatsgevonden, aldus artikel 65, vijfde lid, Wet BIG.¹⁸⁵ De inhoud van het klaagschrift moet voldoen aan de eisen neergelegd in artikel 4 Tuchtrectbesluit BIG.¹⁸⁶

De patiënt zal zich bij het indienen van een klacht goed rekenschap moeten geven van de mogelijk nadelige gevolgen van een klacht voor de beroepsbeoefenaar en zal met diens belangen rekening moeten houden.¹⁸⁷ Geheel zonder risico is het indienen van een klaagschrift niet, al zal het slechts in uitzonderlijke gevallen leiden tot een schadevergoedingsplicht van de patiënt jegens de beroepsbeoefenaar. De Rechtbank Utrecht liet zich in die zin uit bij de beoordeling van een schadevergoedingsvordering van een met een klacht geconfronteerde arts. Daarbij gold, aldus de rechtbank, dat de belangen van patiënten en artsen in het bijzonder en de kwaliteit van de gezondheidszorg in het algemeen er bij gebaat zijn dat er voor het indienen van een klacht geen grote belemmeringen gelden. Ook diende in ogenschouw te worden genomen dat het inherent is aan het indienen van een klacht dat er een negatief waardeoordeel over het handelen of nalaten van een behandelaar wordt uitgesproken door de klager. Een schadevergoedingsplicht van de klager jegens de behandelaar zou wel kunnen worden aangenomen, indien een valse klacht wordt ingediend of indien een klacht wordt ingediend met het enige doel de reputatie van degene tegen wie de klacht zich richt te beschadigen of hem in enig ander belang te schaden, terwijl daar geen enkel redelijk belang van de klager tegenover staat, zo oordeelde de rechtbank tot slot.¹⁸⁸

Voor het verdere verloop en de mogelijkheden van de tuchtprocedure wordt gewezen op artikel 66 tot en met artikel 72 van de Wet BIG.¹⁸⁹

183 Zie artikel 5 onder c Reglement van de Regionale Tuchtcolleges voor de Gezondheidszorg.

184 Zie voor een voorbeeld CTG 4 maart 2003, zaaknr. 2002/078. In 2008 heeft de IGZ zes tuchtzaken aangebracht, in 2009 achttien, in 2010 twaalf en in 2011 eveneens twaalf zo volgt uit Kamerstukken II 2011/12, 33000 XVI, nr. 194 (Verslag van een schriftelijk overleg).

185 Zie voor een voorbeeld waarin de termijn een rol speelde CTG 27 maart 2007, *GJ* 2007, 113, met nt. A.J.J.G. Schijns.

186 Zie ook artikel 6 Reglement van de Regionale Tuchtcolleges voor de Gezondheidszorg.

187 Zie voor de mogelijke impact L. de Kwant, 'Bang voor de klagende patiënt', *MC* 17 juni 2011 (66) nr. 24.

188 Rechtbank Utrecht 30 december 2009, *LJN* BK8014.

189 Zie uitvoerig H.J.J. Leenen, J.C.J. Dute en W.R. Kastelein, *Handboek gezondheidsrecht Deel II*, Houten: Bohn Stafleu van Loghum, vijfde geheel herziene druk, 2008, p. 366 e.v.

Uit het jaarverslag van de Tuchtcolleges over 2012 blijkt dat in 2008, 2009, 2010, 2011 en 2012 respectievelijk 1.368, 1.496, 1.524, 1.676 en 1.572 klaagschriften werden ingediend bij de verschillende RTG's.

2.5.5 *Strafvervolgning door het Openbaar Ministerie*

De patiënt heeft – anders dan bij het indienen van een klacht of klaagschrift – niet zelf de controle over de aanvang van het strafproces. Hij, dan wel zijn wettelijk vertegenwoordiger of een nabestaande, kan aangifte doen van onjuist handelen van een arts of een ziekenhuis, maar de strafvervolgning hangt af van de beslissing daarover van het Openbaar Ministerie (OM). Het OM kan ingevolge artikel 167, tweede lid, van het Wetboek van Strafvordering (Sv) afzien van strafvervolgning op gronden aan het algemeen belang ontleend. Wel kan de patiënt bezwaar maken tegen een beslissing om niet te vervolgen, aldus artikel 12 Sv.

Als verdachte wordt aangemerkt een persoon die werkzaam is in de (geestelijke) gezondheidszorg of de alternatieve gezondheidszorg en wiens (al dan niet onbevoegd of ondeskundig) handelen of nalaten een vermoeden oplevert van een strafbaar feit, zoals omschreven in het Wetboek van Strafrecht (Sr) en/of andere wetten.¹⁹⁰ Een en ander geldt op grond van artikel 51 Sr ook voor rechtspersonen.¹⁹¹ Het opleggen van een straf na een aangifte en strafvervolgning is mogelijk, wanneer vaststaat dat de arts of het ziekenhuis een feit heeft gepleegd, dat valt binnen een wettelijke delictsomschrijving en dat wederrechtelijk is gepleegd. Bovendien moet de arts of het ziekenhuis schuld kunnen worden verweten en dient het causaal verband tussen de normschending en de schade van de patiënt vast te staan.¹⁹²

Relevante strafbepalingen zijn de volgende: het opzettelijk een gerechtelijke lijkschouwing beletten, belemmeren of verijdelen (artikel 190 Sr); het uitoefenen van de geneeskunst terwijl de arts bij rechterlijke beslissing het recht tot uitoefenen ervan is ontzegd (artikel

¹⁹⁰ Zie Aanwijzing feitenonderzoek/strafrechtelijk onderzoek en vervolging in medische zaken, Stcrt. 2010, 15449.

¹⁹¹ Zie ook HR 21 oktober 2003, NJ 2006, 328, met nt. P.A.M. Mevis. Zie voor voorbeelden Rechtbank Leeuwarden 23 december 1987, NJ 1988, 981 en Rechtbank Rotterdam 12 december 2008, LJN BG6738 (Zweedse band). Zie ook J.H. Hubben, Het ziekenhuis als strafbare rechtspersoon (Oratie Nijmegen) Lochem: Uitgeversmaatschappij De Tijdstroom 1989, tevens opgenomen in de oratiebundel Gezondheidsrecht, Den Haag: Sdu Uitgevers 2012 en P.A.M. Mevis, Gezondheidsrecht en strafrecht, preadvies Vereniging voor Gezondheidsrecht 2007, p. 146-150.

¹⁹² Causaal verband houdt zowel een condicio sine qua non-verband als toerekening in en is vergelijkbaar met het civiele recht, zie hoofdstuk 6. Zie voor voorbeelden Rechtbank Rotterdam 12 december 2008, LJN BG6738 (Zweedse band) en Gerechtshof Amsterdam 12 oktober 2005, LJN AU4229 (plaatsen stent). Zie uitvoeriger H.J.J. Leenen, J.C.J. Dute en W.R. Kastelein, Handboek gezondheidsrecht Deel II, Houten: Bohn Stafleu van Loghum, vijfde geheel herziene druk, 2008, p. 387 e.v.

195 Sr);¹⁹³ het opzettelijk een valse verklaring nopens een geboorte, een oorzaak van overlijden dan wel nopens het al of niet bestaan of bestaan hebben van ziekten, zwakheden of gebreken afgeven (artikel 228 Sr);¹⁹⁴ een schriftelijke geneeskundige verklaring nopens een oorzaak van overlijden, dan wel nopens het al of niet bestaan of bestaan hebben van ziekten, zwakheden of gebreken, valselijk opmaken of vervalsen, zulks met het oogmerk om het openbaar gezag of verzekeraars te misleiden (artikel 229 Sr); ontucht met een patiënt plegen (artikel 249, tweede lid, Sr);¹⁹⁵ opzettelijk iemand tot wiens onderhoud hij krachtens wet of overeenkomst verplicht is, in hulpeloze toestand brengen (artikel 255 Sr);¹⁹⁶ opzettelijk het beroepsgeheim schenden (artikel 272 Sr);¹⁹⁷ moord (artikel 289 Sr);¹⁹⁸ opzettelijk het leven van een ander op diens uitdrukkelijk en ernstig verlangen beëindigen (artikel 293 Sr);¹⁹⁹ opzettelijk een ander tot zelfdoding aanzetten of daarbij behulpzaam zijn of middelen daartoe verschaffen (artikel 294 Sr);²⁰⁰ het geven van een behandeling aan een vrouw, wetende of redelijkerwijs vermoedende dat daardoor zwangerschap kan worden afgebroken (artikel 296 Sr); mishandeling en het toebrengen van zwaar lichamelijk letsel (artikel 300-304 Sr), waarbij onder mishandeling ook wordt verstaan: opzettelijke benadeling van de gezondheid,²⁰¹ en waarbij onder zwaar lichamelijk letsel ook wordt verstaan: ziekte die geen uitzicht op volkomen genezing overlaat, voortdurende arbeidsongeschiktheid en afdrijving of dood van de vrucht van een vrouw (artikel 82 Sr);²⁰² het veroorzaken van

193 Bijvoorbeeld door een tuchtrechtelijke maatregel, zie daarover ook P.A.M. Mevis, *Gezondheidsrecht en strafrecht*, preadvies Vereniging voor Gezondheidsrecht 2007, p. 155.

194 Zie voor voorbeelden HR 30 november 1999, *NJ* 2000, 216, met nt. T.M. Schalken en Rechtbank Breda 10 november 2004, *LJN* AR5394.

195 Zie voor een voorbeeld Gerechtshof Arnhem 9 oktober 2009, *LJN* BJ9774, hoger beroep van Rechtbank Utrecht 17 november 2008, *LJN* BG4484. Zie ook Gerechtshof Arnhem 18 december 2009, *LJN* BL1944.

196 Zie voor een voorbeeld Rechtbank Zutphen 9 november 2012, *TvGr* 2013, nr. 6, met nt. J.P. van Barneveld.

197 Zie voor een voorbeeld HR 8 april 2003, *NJ* 2004, 365, met nt. D.H. de Jong.

198 Zie voor een voorbeeld Rechtbank 's-Gravenhage 16 januari 2012, *LJN* BV6482 (vrijspraak).

199 Zie voor een voorbeeld HR 24 december 2002, *NJ* 2003, 167, met nt. T.M. Schalken.

200 Zie voor een voorbeeld HR 24 december 2002, *NJ* 2003, 167, met nt. T.M. Schalken.

201 Zie voor voorbeelden Gerechtshof Amsterdam 10 februari 2004, *LJN* AO3391; Rechtbank Amsterdam 12 juni 2009, *LJN* BI7422 en Rechtbank Amsterdam 12 juni 2009, *LJN* BI7370 na bevolen strafvervolgning door Gerechtshof Amsterdam op 9 april 2008, *LJN* BC9170. Zie ook HR 12 maart 2013, *NJB* 2013, 735 en HR 12 maart 2013, *NJB* 2013, 736.

202 Zie voor een voorbeeld (ook artikel 289 Sr was ten laste gelegd), maar de verpleegkundige werd vrijgesproken Rechtbank 's-Gravenhage 16 januari 2012, *LJN* BV6482.

dood of lichamelijk letsel door schuld (artikel 307-309 Sr);²⁰³ oplichting (artikel 326 Sr);²⁰⁴ de onbevoegde uitoefening van het beroep (artikel 436 Sr)²⁰⁵ en het nalaten ogenblikkelijk hulp te verlenen bij ogenblikkelijk levensgevaar (artikel 450 Sr).

Ook de Wet BIG kent een aantal strafbepalingen. Artikel 96 Wet BIG bepaalt dat strafbaar is degene die, hetzij niet ingeschreven staande in een register, hetzij wel in een register ingeschreven staande, doch bij het verrichten van handelingen op het gebied van de individuele gezondheidszorg kennelijk tredende buiten de grenzen van hetgeen tot zijn deskundigheid wordt gerekend, bij het verrichten van handelingen op het gebied van de individuele gezondheidszorg buiten noodzaak schade of een aanmerkelijke kans op schade aan de gezondheid van een ander veroorzaakt.²⁰⁶ Eveneens strafbaar is het onbevoegd verrichten van voorbehouden handelingen, aldus artikel 97 Wet BIG in verbinding met artikel 35 tot en met artikel 38 Wet BIG,²⁰⁷ evenals het niet naleven van een bevel of voorwaarde, aldus artikel 98 Wet BIG. Voorts kent de Wet BIG de strafbepalingen van de artikelen 99 en 100: strafbaar is degene die ondanks een schorsing toch een (specialisten) titel voert en degene die in strijd met een verbod tot het voeren van deze titel, hem toch voert.²⁰⁸ Strafbepalingen zijn voorts neergelegd in een aantal specifieke wetten, waaronder de Embryowet, de Wet medisch wetenschappelijk onderzoek met mensen, de Wet op de orgaandonatie, de Wet op de medische hulpmiddelen, de Wet inzake bloedvoorziening

203 Zie voor een voorbeeld Rechtbank Breda 6 april 2006, *LJN* AV8715, vergelijkbaar met Rechtbank Middelburg 17 april 2002, *LJN* AE1632. Zie ook Rechtbank Utrecht 12 november 2002, *LJN* AF0228; Rechtbank Utrecht 24 juni 2004, *LJN* AP4308; Rechtbank Utrecht 30 november 2004, *LJN* AR6673; Gerechtshof Amsterdam 12 oktober 2005, *LJN* AU4229; Rechtbank Rotterdam 12 december 2008, *LJN* BG6738 en Rechtbank Alkmaar 24 september 2012, *LJN* BX8124. Zie uitgebreid over de betekenis van artikel 307 en 308 Sr bij geneeskundige handelingen H.J.J. Leenen, J.C.J. Dute en W.R. Kastelein, *Handboek gezondheidsrecht Deel II*, Houten: Bohn Stafleu van Loghum, vijfde geheel herziene druk, 2008, p. 396-398. Zie voor een voorbeeld van het tenlastegelegde delict moord: Rechtbank Breda 10 november 2004, *LJN* AR5394.

204 Zie voor voorbeelden Rechtbank 's-Gravenhage 26 januari 2010, *LJN* BL0883 (ten onrechte uitgegeven voor neurochirurg) en Gerechtshof 's-Gravenhage 27 januari 2010, *LJN* BV2959 (splitsen van recepten).

205 Zie voor voorbeelden Rechtbank Leeuwarden 23 december 2004, *LJN* AR8065; Rechtbank Leeuwarden 23 december 2004, *LJN* AR8068 en Rechtbank 's-Gravenhage 15 augustus 2007, *LJN* BB1714.

206 Zie voor voorbeelden Rechtbank Leeuwarden 23 december 2004, *LJN* AR8065; Rechtbank Leeuwarden 23 december 2004, *LJN* AR8068; Rechtbank Haarlem 12 september 2008, *LJN* BF0654; Rechtbank Amsterdam 26 september 2008, *LJN* BF3175 en Rechtbank Zutphen 9 november 2012, *TvGr* 2012, nr. 3, met nt. J.P. van Barneveld.

207 Potentieel risicovolle handelingen – de zogenoemde voorbehouden handelingen – mogen alleen door daartoe bevoegde beroepsbeoefenaars zelfstandig worden verricht. In artikel 36 Wet BIG zijn de voorbehouden handelingen geregeld. Zie over voorbehouden handelingen ook Kamerstukken II, 1985/1986, 19522, nr. 3, p. 40 (MvT). Voorbehouden handelingen kunnen onder voorwaarden (zie artikel 38 Wet BIG) aan een ander worden overgedragen, bijvoorbeeld door een arts aan een verpleegkundige. In artikel 35 Wet BIG worden de voorwaarden genoemd waaronder een niet-zelfstandig bevoegde beroepsbeoefenaar een voorbehouden behandeling mag verrichten.

208 Zie voor voorbeelden Rechtbank Rotterdam 12 september 2006, *LJN* AY8263; Rechtbank Haarlem 12 september 2008, *LJN* BF0654 en Rechtbank Amsterdam 26 september 2008, *LJN* BF3175.

en de Geneesmiddelenwet.²⁰⁹ Tot slot is nog van belang artikel 9 Kwaliteitswet zorginstellingen (Kwz), dat onder meer het niet-naleven van artikel 4a Kwz. Volgens dat laatste artikel dient de zorgaanbieder elke calamiteit die in de instelling heeft plaatsgevonden en elk seksueel misbruik waarbij een patiënt of cliënt dan wel hulpverlener van de instelling is betrokken, uitgezonderd seksueel misbruik van hulpverleners onderling, aan de IGZ te melden.²¹⁰

Wanneer het OM tot strafvervolgning overgaat en besluit om de zaak aan de strafrechter voor te leggen, zullen achtereenvolgens het opsporingsonderzoek door de officier van justitie en het onderzoek ter terechtzitting door de strafrechter plaatsvinden.²¹¹

Voorafgaand aan de terechtzitting dan wel tijdens de zitting heeft de patiënt de mogelijkheid om zich ingevolge artikel 51f, eerste lid, Sv te voegen als 'rechtstreeks' benadeelde partij, hetgeen inhoudt dat hij een vordering tot schadevergoeding kan indienen.²¹² Hetzelfde geldt ingevolge artikel 51f, tweede lid, Sv voor de erfgenamen van de patiënt. Een persoon die niet als rechtstreeks benadeelde is aan te merken, kan zich niet voegen, wat een probleem vormt voor (andere) direct betrokkenen van de patiënt.²¹³ Artikel 51g Sv handelt over de wijze van voegen.²¹⁴ Voor aanvang van de terechtzitting geschiedt de voeging door een opgave aan de officier van justitie van de inhoud van de vordering en van de gronden waarop de vordering berust. Ter terechtzitting gebeurt de voeging door een opgave aan de rechter van de inhoud van de vordering en van de gronden waarop de vordering berust.²¹⁵ De toewijsbaarheid van de vordering wordt beoordeeld aan de hand van het civiele (bewijs)recht.²¹⁶ Een probleem waarmee de patiënt zich in de praktijk van het voegen vaak geconfronteerd zag, is dat de strafrechter hem naar de civiele rechter verwees en de patiënt in zijn vordering niet ontvankelijk verklaarde, omdat diens vordering de strafrechter niet

209 Zie nader H.J.J. Leenen, J.C.J. Dute en W.R. Kastelein, *Handboek gezondheidsrecht Deel II*, Houten: Bohn Stafleu van Loghum, vijfde geheel herziene druk, 2008, p. 395.

210 Onder hulpverlener wordt in dit verband verstaan iedere medewerker van een instelling: artikel 4a, vierde lid, Kwz.

211 Een OM-strafbeschikking zonder dat de zaak 'naar zitting gaat' behoort ook tot de mogelijkheden, doch is minder geschikt, zie P.A.M. Mevis, *Gezondheidsrecht en strafrecht*, preadvies Vereniging voor Gezondheidsrecht 2007, p. 158.

212 Daarnaast hebben de patiënt en eventuele nabestaanden een spreekrecht, aldus artikel 51e Sv, zie Wet van 12 juli 2012 tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering ter uitbreiding van het spreekrecht van slachtoffers en nabestaanden in het strafproces, Stb. 2012, 345, in werking getreden met ingang van 1 september 2012.

213 Zie ook Kamerstukken II 1989/90, 21345, nr. 3 (MvT).

214 Zie ook artikel 36f Sr in verband met de 'schadevergoedingsmaatregel'.

215 Zie voor het onderzoek van de vordering van de benadeelde partij op de terechtzitting artikel 332 tot en met 335 Sv.

216 HR 14 februari 2012, *LJN* BU8755. Zie daarover ook J. Candido, 'Civiel bewijsrecht toepasselijk op vordering benadeelde partij?', *NJB* afl. 14/2012, p. 938-940.

‘eenvoudig’ voorkwam.²¹⁷ Dit criterium is veranderd met een wetsaanpassing van 1 januari 2011:²¹⁸ de vordering mag geen onevenredige belasting van het strafrechtsgeding met zich brengen.²¹⁹ Wordt de vordering van de gevoegde patiënt ter zitting ‘vergeten’, dan kan de patiënt daarover schriftelijk klagen bij het OM. Het OM heeft hiervoor een klachtenregeling in het leven geroepen.²²⁰ Het is niet mogelijk om eerst in hoger beroep een vordering in te dienen en evenmin mogen in hoger beroep schadeposten worden gevorderd die in eerste aanleg niet zijn genoemd.²²¹ Voorts is het de patiënt niet toegestaan om het bedrag van de in eerste aanleg gevorderde vergoeding te verhogen.²²²

Toewijzing van de vordering is alleen mogelijk als aan de verdachte enige straf of maatregel wordt opgelegd, dan wel een schuldigverklaring zonder oplegging van straf wordt toegepast, aldus artikel 361, tweede lid, onder a, Sv. Wanneer de arts of het ziekenhuis wordt vrijgesproken of wordt ontslagen van alle rechtsvervolging, dan is de patiënt in beginsel niet ontvankelijk. Tegen de achtergrond van en medische behandeling is van belang dat (succesvol) een beroep kan worden gedaan op de ‘medische exceptie’ als bewijs van het ontbreken van materiële wederrechtelijkheid, dat ontslag van rechtsvervolging tot gevolg kan hebben.²²³ Niet strafbaar is bijvoorbeeld de arts die gehandeld heeft als een goed hulpverlener bij een geïndiceerde medische behandeling waarvoor de patiënt toestemming heeft gegeven.²²⁴ Ook komt het voor dat de arts een beroep doet op de aanwezigheid van een ‘noodtoestand’ als rechtvaardigingsgrond voor zijn handelen.²²⁵ De arts kan zich echter niet aan strafvervolging onttrekken, indien hij weliswaar tegenover elkaar staande belangen en plichten heeft afgewogen, doch tot een, objectief beschouwd, ongerechtvaardigd oordeel is gekomen.²²⁶ Of er in een bepaald geval terecht een beroep is gedaan op de medische

217 Zie onder meer HR 19 maart 2002, *NJ* 2002, 497 en HR 3 juli 2007, *NJ* 2007, 413.

218 Wet van 17 december 2009 tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering, het Wetboek van Strafrecht en de Wet schadefonds geweldsmisdrijven ter versterking van de positie van het slachtoffer in het strafproces, Stb. 2010, 1. Inwerkingstredingsbesluit 23 november 2010, Stb. 2010, 792. Zie voor een toelichting *NJB* afl. 28/2010, p. 1878-1879 en *NJB* afl. 44-45/2010, p. 2851-2852.

219 Zie de aanwijzing slachtofferzorg 13 december 2010, Stcrt. 2010, 20476.

220 Zie de website van het OM <www.om.nl>.

221 Artikel 421, eerste lid, Sv.

222 HR 7 september 2004, *NJ* 2005, 99, met nt. P.A.M. Mevis.

223 Zie voor een voorbeeld HR 21 oktober 1986, *NJ* 1987, 607, met nt. G.E. Mulder (Euthanasie-arrest II). Zie ook H.J.J. Leenen, J.C.J. Dute en W.R. Kastelein, *Handboek gezondheidsrecht Deel II*, Houten: Bohn Stafleu van Loghum, vijfde geheel herziene druk, 2008, p. 389.

224 HR 14 juni 1974, *NJ* 1974, 436, met nt. Th.W. van Veen. Zie ook H.J.J. Leenen, J.C.J. Dute en W.R. Kastelein, *Handboek gezondheidsrecht Deel II*, Houten: Bohn Stafleu van Loghum, vijfde geheel herziene druk, 2008, p. 390.

225 HR 21 oktober 1986, *NJ* 1987, 607 met nt. G.E. Mulder (Euthanasie-arrest II). Zie ook H.J.J. Leenen, J.C.J. Dute en W.R. Kastelein, *Handboek gezondheidsrecht Deel II*, Houten: Bohn Stafleu van Loghum, vijfde geheel herziene druk, 2008, p. 390.

226 HR 27 november 1984, *NJ* 1985, 106, met nt. Th.W. van Veen en HR 21 oktober 1986, *NJ* 1987, 607, met nt. G.E. Mulder (Euthanasie-arrest II).

exceptie of de aanwezigheid van een noodtoestand, zal de rechter in het voorliggende geval moeten beoordelen en in sommige gevallen zelfs met uitzonderlijk grote behoedzaamheid, bijvoorbeeld wanneer de door de arts opgegeven rechtvaardiging haar grondslag vindt in een moeilijk te objectiveren ernstig en uitzichtloos lijden.²²⁷

Het strafrecht lijkt inmiddels een nadrukkelijker instrument voor genoegdoening geworden: het accent is meer komen te liggen op de verantwoordelijkheid van de arts voor het resultaat van een geneeskundige behandeling in plaats van op het gedrag van de arts als zodanig. Wordt het resultaat van de geneeskundige behandeling niet acceptabel geacht, dan ontstaat de wens om een strafrechtelijk onderzoek in te stellen.²²⁸ Desondanks wordt weinig gebruik gemaakt van het strafrecht als reactie op een medisch incident. Jaarlijks gaat het om 50 tot 75 zaken die bij het OM worden gemeld.²²⁹ Van dat aantal worden vijf tot tien zaken ter terechtzitting behandeld.²³⁰ In bijna al die gevallen wordt een werkstraf opgelegd.²³¹ Het geringe aantal strafvervolgingen kan enerzijds worden verklaard door het bestaan van het tuchtrecht, waarbij terzijde wordt opgemerkt dat een tuchtrechtelijke procedure niet aan strafvervolgning in de weg staat.²³² Anderzijds wordt het lage aantal verklaard door het vereiste van een ernstige mate van verzuim, wil het OM tot vervolging overgaan.²³³ Een reden is voorts de (soms) geringe prioriteit die het OM geeft aan 'medische zaken'.²³⁴ Tot slot is een specifiek probleem bij de strafvervolgning in het geval van medisch handelen met een dodelijke afloop, dat het OM niet altijd op de hoogte wordt gesteld van het feit dat er vermoedelijk sprake is van een niet-natuurlijke dood als gevolg van mogelijk onjuist medisch handelen en strafvervolgning om die reden niet kan plaatsvinden.²³⁵

227 HR 21 juni 1994, NJ 1994, 656, met nt. T.M. Schalken (Chabot-arrest).

228 Zie hierover uitvoerig P.A.M. Mevis, *Gezondheidsrecht en strafrecht*, preadvies Vereniging voor Gezondheidsrecht 2007, p. 128-130. Zie voor een voorbeeld van medeverantwoordelijkheid van de zorginstelling Rechtbank 's-Gravenhage 19 december 2002, LJN AF2320.

229 Informatie verkregen van Regioparket Rotterdam op 3 februari 2012. In 2010 waren er 67 meldingen, aldus Hoofdofficier van Justitie H. Korvinus in Trouw 14 januari 2011.

230 Informatie verkregen van Regioparket Rotterdam op 3 februari 2012.

231 Interview medisch officier van justitie M. van Eykelen in *MEDnet* januari 2010 en persbericht OM 14 januari 2010.

232 Zie voor een voorbeeld van samenloop Rechtbank Breda 10 november 2004, LJN AR5394.

233 Aldus M. van Eykelen, WAA-congres 25 november 2010 over de rol van het OM bij vervolging van medische fouten. Zie ook H.J.J. Leenen, *Handboek Gezondheidsrecht*, Deel II, Houten/Diegem: Bohn Stafleu van Loghum 1996, p. 257. Zie voorts J.L. Smeehuijzen, 'Strafrechtelijke vervolging van medisch beroepsbeoefenaren wegens dood of zwaar lichamelijk letsel door schuld: uiterste terughoudendheid gepast', *TvGr* 2000, nr. 6, p. 363-374.

234 Zie voor kritiek op het functioneren van het OM: M. Melchior, 'Lastige zaken, lage prioriteit', *MC*, 5 januari 2007 (62) nr. 1, p. 31-35.

235 C. Das, *Overlijdensverklaringen en artsen: wet en praktijk* (diss. Amsterdam Vu), Wageningen: Ponsen & Loijen 2004. Volgens bericht van het Regioparket Rotterdam van 3 februari 2012 gaat het om 150 meldingen per jaar en kan van een aanzienlijke onderrapportage worden gesproken.

Ingevolge artikel 7, tweede en derde lid van de Wet op de Lijkbezorging (WLB) is de behandelend arts verplicht de gemeentelijk lijkschouwer in te schakelen, indien hij meent dat sprake is van een *niet-natuurlijke* doodsoorzaak.²³⁶ Daartoe behoren ook gevallen van onbedoeld overlijden door een onjuist uitgevoerde geneeskundige behandeling. Een natuurlijk overlijden is (slechts) het overlijden als gevolg van een spontane ziekte of ouderdom.²³⁷ Complicaties van medisch juist geïndiceerd en juist gedoseerd en juist technisch uitgevoerde handelingen behoren tot het verloop van de ziekte waarvoor werd behandeld en zijn daarmee eveneens te begrijpen als een natuurlijke dood. In alle gevallen waarin twijfel over een natuurlijke dood bestaat, moet de doodsoorzaak als niet-natuurlijk worden aangemerkt.²³⁸ De gemeentelijk lijkschouwer op zijn beurt licht het OM in als er volgens hem eveneens sprake is van niet-natuurlijke dood. In de praktijk echter blijken behandelend artsen verklaringen van natuurlijk overlijden af te geven, terwijl er twijfel is over de oorzaak of wanneer sprake is van een niet-natuurlijke dood door onjuist medisch handelen.²³⁹ Wat de beoordeling compliceert is het feit dat de arts over zijn eigen handelen moet oordelen en menselijkerwijs niet snel zal aangeven dat onjuist is gehandeld. Een andere complicerende factor is de onduidelijkheid over de begrippen natuurlijk en niet-natuurlijk: een arts acht een niet-natuurlijke dood vaak pas aanwezig als het overlijden een gevolg is van een *strafbaar* feit of bij opzet.²⁴⁰ Een en ander betekent dat het OM niet in alle gevallen waarin daartoe wel aanleiding is, tot vervolging van de arts of het ziekenhuis kan overgaan. Zo beschouwd, zou zelfs de vraag kunnen worden gesteld of de procedure van de WLB voldoet aan de eisen van artikel 2 van het Verdrag voor de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden. De nationale autoriteiten zijn volgens vaste rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens ingevolge dat artikel immers verplicht om na het overlijden van een persoon een *effectief* onderzoek in te stellen naar de doodsoorzaak, zodat de doodsoorzaak kan worden vastgesteld

236 Een niet-natuurlijke dood is elk overlijden dat (mede) het gevolg is van uitwendig geweld, ook wanneer dit niet door menselijk toedoen is veroorzaakt, evenals overlijden waarbij sprake is van opzet of schuld: Openbaar Ministerie, Handboek Medische Zaken (niet gepubliceerd).

237 Zie echter ook RTG Zwolle 10 maart 2005, MC 23 maart 2005, nr. 12, p. 499-501: toediening van medicatie bij een terminale patiënt staat aan een verklaring van natuurlijk overlijden niet in de weg.

238 Openbaar Ministerie, Handboek Medische Zaken (niet gepubliceerd) en C. Das, Overlijdensverklaringen en artsen: wet en praktijk (diss. Amsterdam Vu), Wageningen: Ponsen & Loijen 2004.

239 Zie onder andere J. Beer, Nederlands Forensisch Instituut en W.L.J.M. Duijst-Heesters ter gelegenheid van Symposium 'Niet natuurlijk overlijden' 10 december 2009 te Amstelveen. Zie voorts D. van Tol, Grensge-schillen – Een rechtssociologisch onderzoek naar het classificeren van euthanasie en ander medisch handelen rond het levenseinde (diss. Groningen), Groningen: Grafimedia 2005.

240 Openbaar Ministerie, Handboek Medische Zaken (niet gepubliceerd) en C. Das, Overlijdensverklaringen en artsen: wet en praktijk (diss. Amsterdam Vu), Wageningen: Ponsen & Loijen 2004.

en dat degenen die daarvoor verantwoordelijk zijn ter verantwoording kunnen worden geroepen.²⁴¹

Wel zijn de verschuiving naar strafrechtelijke verantwoordelijkheid voor het resultaat van een geneeskundige behandeling, het feit dat naast of in plaats van de arts ook ziekenhuizen kunnen worden vervolgd en de Wet herijking strafmaxima betreffende artikel 307 Sr en 308 Sr,²⁴² reden (geweest) om de verwachting uit te spreken dat in de toekomst vaker van het strafrecht vaker gebruik zal worden gemaakt.²⁴³ Daaraan draagt bij dat door de IGZ en het OM een samenwerkingsprotocol is getekend, teneinde de strafvervolgning meer gestructureerd te laten verlopen.²⁴⁴ Eerder al werd het Landelijk Expertisecentrum Medische Zaken opgericht, teneinde kennis en ervaring inzake strafvervolgning in medische zaken te bundelen.²⁴⁵ Voorts heeft het OM een ‘Aanwijzing feitenonderzoek/strafrechtelijk onderzoek en vervolging in medische zaken’ opgesteld.²⁴⁶ In deze aanwijzing tracht het OM te verduidelijken welke criteria het hanteert bij de beslissing tot vervolging in medische zaken.²⁴⁷

2.5.6 *De verhouding tot het civiele aansprakelijkheidsrecht*

De analyse van het civiele aansprakelijkheidsrecht, evenals de analyses van het klachtrecht, van de melding bij de IGZ, van het verzoek aan de Nationale ombudsman, van het tuchtrecht en van het strafrecht maken een vergelijking van de verschillende juridische acties mogelijk. De vergelijking, waarbij de behoeften van de patiënt (mede) in aanmerking worden genomen, levert het volgende beeld op.

241 EHRM 4 mei 2001, *EHRC* 2001, 40, met nt. J.H. Gerards (Kelly e.a./Verenigd Koninkrijk); EHRM 17 januari 2002, zaaknr. 32967/96 (Calvelli & Ciglio/Italië); EHRM 6 juli 2005, *NJCM-Bulletin* 2005, p. 1001, met nt. A.C. Hendriks (Nachova e.a./Bulgarije) en EHRM 9 april 2009, zaaknr. 71463/01 (Šilih/Slovenië). Zie voorts A.C. Hendriks, ‘Kroniek rechtspraak rechten van de mens’, *TvGr* 2010, nr. 7, p. 547-561 voor een bespreking van de zaken EHRM 23 maart 2010, zaaknr. 12219/05 (Iorga/Moldavië) en EHRM 18 mei 2010, zaaknr. 24034/07 (Anusca/Moldavië), waarin onderzoek naar de doodsoorzaak te traag was verlopen en voor een bespreking van de zaak EHRM 16 februari 2010, zaaknr. 32146/05 (Eugenia Lazăr/Roemenië), waarin onderzoek gebrekkig was.

242 Wet van 22 december 2005, *Stb.* 2006, 11.

243 P.A.M. Mevis, *Gezondheidsrecht en strafrecht*, preadvies Vereniging voor Gezondheidsrecht 2007, p. 128-135. Zie ook H.J.J. Leenen, J.C.J. Dute en W.R. Kastelein, *Handboek gezondheidsrecht*, Deel II Gezondheidszorg en recht, Houten: Bohn Stafleu van Loghum, vijfde geheel herziene druk, 2008, p. 402.

244 Protocol van 19 februari 2009, te downloaden via <www.om.nl>.

245 Oprichting in 2001 bij het Openbaar Ministerie te Rotterdam.

246 De aanwijzing is op 1 november 2010 in werking is getreden, zie *Stcrt.* 2010, 15449. Zij heeft het karakter van een beleidsregel.

247 Zie voor een bespreking J. Legemaate, ‘De strafrechtelijke vervolging van medische zaken’, *NTvG* 2011; 155: A3068.

Ten opzichte van het civiele aansprakelijkheidsrecht heeft de bemiddeling door een klachtenfunctionaris als voordeel dat het de patiënt de mogelijkheid biedt om direct in contact te komen met de arts en dat de communicatie tussen arts en patiënt wordt hersteld. Door goede begeleiding door de klachtenfunctionaris en uitgaande van de goede wil van de arts kan voorts tegemoet worden gekomen aan de behoefte van de patiënt (of aan die van wettelijk vertegenwoordigers of nabestaanden) om te worden geïnformeerd over de toedracht van de zorggerelateerde gezondheidsschade, kan worden toegegeven dat ‘het fout is gegaan’ en kunnen eventuele excuses worden aangeboden en aanvaard.²⁴⁸ De comparitie van partijen in het civiele proces biedt die mogelijkheid ook – de rechter zal aan waarheidsvinding doen en de communicatie kan op gang worden gebracht in het kader van de schikkingsonderhandeling – maar gezien het moment van dit contact en de aanname dat de relatie inmiddels is ‘gejuridiseerd’ mag van herstel van de relatie minder worden verwacht. Een nadeel ten opzichte van het civiele aansprakelijkheidsrecht is dat de klachtenfunctionaris geen schadevergoeding kan toekennen aan de patiënt. Een gesprek met de klachtenfunctionaris komt dan ook niet tegemoet aan de behoefte om gecompenseerd te worden voor gemaakte kosten, gederfde inkomsten of gederfde levensvreugde. Het middel lijkt evenmin geschikt om de arts ter verantwoording te roepen, noch voorziet het in de behoefte om andere (toekomstige) patiënt te behoeden voor dezelfde fouten van de arts of het ziekenhuis: de klachtenfunctionaris kan geen maatregelen, straffen of aanbevelingen aan de arts of het ziekenhuis opleggen. Toch kan het enkele feit dat er een klacht ligt en een bespreking van die klacht met de arts er wel degelijk toe leiden dat de arts zijn gedrag verandert of dat processen in het ziekenhuis worden aangepast. Een overeenkomst tussen de klachtbemiddeling en het civiele aansprakelijkheidsrecht is dat bij beide acties het individuele belang van de patiënt voorop staat.

Ook bij de afhandeling van de klacht door de klachtencommissie staat de individuele patiënt centraal. Ten opzichte van het civiele aansprakelijkheidsrecht heeft de afhandeling van een klacht door de klachtencommissie als voordeel dat de commissie verbetering van de zorg voorstaat door aanbevelingen te doen aan het ziekenhuis, teneinde het voorkomen van dezelfde misstanden in de toekomst.²⁴⁹ Uit onderzoek blijkt dan ook dat behandeling van de klacht door de klachtencommissie met name een rol speelt als de behoefte van de patiënt of direct betrokkenen gelegen is in de wens om de organisatie als geheel te verbete-

248 Dat het klachtrecht – mits is voorzien in goede begeleiding door de klachtenfunctionaris – in de behoefte om informatie, communicatie en morele steun kan voorzien is bevestigd door onderzoek, zie S. Kruikemeier e.a., *Ervaringen van mensen met klachten over de gezondheidszorg*, Utrecht: NIVEL 2009, p. 52. Zie ook J.L. Smeehuijzen, K.A.P.C. van Wees, A.J. Akkermans, J. Legemaate, S. van Buschbach en J.E. Hulst (VU Amsterdam), *Opvang en schadeafwikkeling bij onbedoelde gevolgen van medisch handelen*, 2013, p. 84-86 en 103.

249 S. Kruikemeier e.a., *Ervaringen van mensen met klachten over de gezondheidszorg*, Utrecht: NIVEL 2009, p. 10 en 18.

ren.²⁵⁰ Het civiele aansprakelijkheidsrecht is daarentegen gericht op de aansprakelijk gestelde arts of het ziekenhuis als contractspartij en kan buiten het gevorderde om geen ge- of verbod met betrekking tot de toekomst aan de arts of het ziekenhuis opleggen. De preventieve werking zal moeten uitgaan van de publicatie van het vonnis van de rechter. Een nadeel van de afhandeling door de klachtencommissie is evenwel dat op het ziekenhuis niet de verplichting rust om de aanbevelingen over te nemen. Hierin schuilt een zekere willekeur en mogelijk zelfs het gevaar van een averechtse werking van het klachtrecht: wordt de aanbeveling niet overgenomen, dan zal de patiënt mogelijk worden bevestigd in zijn negatieve mening over het functioneren van de arts en het ziekenhuis. Een ander nadeel ten opzichte van het civiele aansprakelijkheidsrecht is de afwezigheid van de mogelijkheid schadevergoeding toe te kennen. Het klachtrecht kan aan deze behoefte niet tegemoet komen. Opmerkelijk tot slot is dat, ondanks het feit dat het klachtrecht voor de patiënt is ingericht, de patiënt maar matig positief staat tegenover de klachtbehandeling door een klachtencommissie, zoals die thans is vormgegeven.²⁵¹ De patiënt heeft doorgaans niet het gevoel dat hem recht is gedaan, is teleurgesteld in de reactie van de zorginstelling en is van mening dat de klachtencommissie niet altijd onpartijdig is, te weinig onderzoek doet, onvoldoende informatie geeft, weinig aanbevelingen doet en niet altijd begrip voor de patiënt toont.²⁵²

Ten opzichte van het civiele aansprakelijkheidsrecht heeft een melding bij de IGZ als voordeel dat een algemeen onderzoek wordt verricht naar het functioneren van een arts of ziekenhuis dat verder kan gaan dan het gedrag waarop de melding van de patiënt betrekking had.²⁵³ De IGZ kan aldus tegemoet komen aan de behoefte om de arts of het ziekenhuis ter verantwoording te roepen en aan de behoefte te voorkomen dat een volgende patiënt hetzelfde overkomt al zal de preventieve werking gering zijn: het aantal gevallen waarin het daadwerkelijk tot een rapport komt, is gering. Een nadeel is dat de IGZ primair het algemeen belang van de goede gezondheidszorg dient en geen aandacht heeft (of uit

250 S. Kruikemeier e.a., *Ervaringen van mensen met klachten over de gezondheidszorg*, Utrecht: NIVEL 2009, p. 10, 56 en 80.

251 Evaluatie 1999: R.D. Friele e.a., *De evaluatie van de Wet klachtrecht cliënten zorgsector*, Utrecht: NIVEL 1999. Zie hierover ook CBO Kwaliteitsinstituut voor de Gezondheidszorg, *Klachtenrichtlijn gezondheidszorg*, Alphen aan den Rijn: Van Zuiden Communications BV 2004, p. 11. Zie voorts evaluatie 2004: E.M. Sluijs e.a., *WKCZ klachtbehandeling in ziekenhuizen: verwachtingen en ervaringen van cliënten*, Utrecht: NIVEL 2004 en Kwaliteitsinstituut voor de Gezondheidszorg CBO e.a., *Klachtenrichtlijn gezondheidszorg*, Alphen aan den Rijn: Uitgever Van Zuiden, 2004. Zie tot slot evaluatie 2009: S. Kruikemeier e.a., *Ervaringen van mensen met klachten over de gezondheidszorg*, Utrecht: NIVEL 2009.

252 E.M. Sluijs, R.D. Friele en J.E. Hanssen, *De WKCZ-klachtbehandeling in ziekenhuizen: verwachtingen en ervaringen van cliënten*, Den Haag: Zonmw 2004 en S. Kruikemeier e.a., *Ervaringen van mensen met klachten over de gezondheidszorg*, Utrecht: NIVEL 2009, p. 31-32 en 75.

253 S. Kruikemeier e.a., *Ervaringen van mensen met klachten over de gezondheidszorg*, Utrecht: NIVEL 2009, p. 10 en 18.

hoofde van haar toezichhoudende functie niet kan hebben) voor de individuele klacht van de patiënt en dat terugkoppeling van de resultaten van haar onderzoek naar aanleiding van een melding van de patiënt geen staande praktijk is. Om die reden voorziet dit middel niet in de behoefte van de patiënt om geïnformeerd te worden over een eventuele fout, noch in de behoefte aan morele steun en aandacht voor het incident dat hem is overkomen. Een schadevergoeding behoort evenmin tot de mogelijkheden en ook in die behoefte kan dus niet worden voorzien. Dat dit als onbevredigend wordt ervaren, blijkt uit de negatieve reacties van patiënten over de afhandeling van hun melding door de IGZ. De negatieve reacties zijn aanleiding geweest voor een onderzoek naar de IGZ door de Nationale ombudsman en het aanbieden van een zwartboek aan de Minister van VWS.²⁵⁴

Een verzoek aan de Nationale ombudsman heeft ten opzichte van het civiele aansprakelijkheidsrecht als voordeel dat ook dit middel verbetering van de gezondheidszorg nastreeft door onderzoek te doen naar het algemeen functioneren van academische ziekenhuizen. Het komt daarmee tegemoet aan de behoefte om het ziekenhuis ter verantwoording te roepen en om schade bij andere patiënten te voorkomen. Ook in dit geval geldt echter dat de preventieve werking gering zal zijn: er wordt maar weinig onderzoek verricht. Het onderzoek beperkt zich bovendien tot academische ziekenhuizen en het is niet het individuele belang van de patiënt dat gediend wordt, maar een algemeen belang. Net als de IGZ kan Nationale ombudsman schadevergoeding toekennen, noch morele steun bieden aan een individuele patiënt, maar blijkt hij in tegenstelling tot de IGZ niet onder vuur te liggen.

Het tuchtrecht kent een repressiefunctie en heeft de arts als verantwoordelijke centraal staan. Verbetering van zorg wordt bereikt door over de individuele beroepsbeoefening te waken.²⁵⁵ In het bijzonder de gang naar de tuchtrechter, waar de arts wordt beoordeeld door beroepsgenoten, wordt door hem als zwaar ervaren.²⁵⁶ Het middel sorteert dan ook met name effect als het gaat om de behoefte van de patiënt de arts ter verantwoording te roepen en hem openlijk te laten boeten voor de veroorzaakte zorggerelateerde schade,

254 Het zwartboek is op 2 april 2012 aan de Minister van VWS aangeboden. Zie voor berichtgeving hieromtrent de Volkskrant 31 maart 2012. Zie voor kritiek op de IGZ ook NRC Handelsblad 19 november 2012 en NRC Handelsblad 20 november 2012. De kritiek heeft geresulteerd in (onder meer) een rapport van W. Sorgdrager, Van incident naar effectief toezicht, onderzoek naar de afhandeling van dossiers over meldingen door de Inspectie voor de Gezondheidszorg, 19 november 2012. Zie over verschenen rapporten van de hand van de Nationale ombudsman en het onderzoek door VWS ook A.C. de Die en C. Velink, 'Kroniek rechtspraak bestuursrecht', *TvGr* 2012, nr. 8, p. 670-692.

255 S. Kruijkemeier e.a., *Ervaringen van mensen met klachten over de gezondheidszorg*, Utrecht: NIVEL 2009, p. 11 en 80. Zie voor het doel van het tuchtrecht ook het Jaarverslag van 2011 van de Tuchtcolleges voor de Gezondheidszorg.

256 R. Notten, 'Aansprakelijk, het verhaal van een gang naar het Tuchtcollege', *Arts en auto*, 24 september 2009. Zie ook VvAA trendonderzoek onder zorgaanbieders, Wat geldt(t) in de zorg?, derde editie oktober 2011, p. 4.

ondanks het feit dat het tuchtrecht niet zozeer de genoegdoening van de klager tot doel heeft, maar een algemeen belang voorstaat.²⁵⁷ Onderzoek bevestigt dat patiënten en direct betrokkenen het tuchtrecht inderdaad vooral voor dat doel gebruiken.²⁵⁸ Ten opzichte van het civiele aansprakelijkheidsrecht moet dit als een voordeel worden gezien. In die behoefte kan het civiele aansprakelijkheidsrecht minder goed voorzien: de repressieve werking is beperkt tot het uitspreken van de plicht tot schadevergoeding door de rechter of buiten rechte door de verzekeringsmaatschappij. Toch past hier een kanttekening. De straf die de tuchtrechter oplegt, wordt door de patiënt nogal eens te licht bevonden en de patiënt heeft niet altijd het gevoel dat hem recht is gedaan.²⁵⁹ Bovendien kan slechts de individuele beroepsbeoefenaar worden aangeklaagd en niet het ziekenhuis.

Overeenkomsten tussen het civiele aansprakelijkheidsrecht en het tuchtrecht zijn aan te wijzen als het gaat om de behoefte van de patiënt geïnformeerd te worden over hetgeen zich heeft voorgedaan: de arts wordt doorgaans in beide gevallen op een zitting – waarbij ook de patiënt aanwezig is of kan zijn – gevraagd zijn relaas van het incident uiteen te zetten. Daarbij past de opmerking dat die overeenkomst niet aanwezig is in het geval de zaak buiten rechte wordt afgedaan via het civiele aansprakelijkheidsrecht; geeft de arts een beoordeling over zijn aansprakelijkheid uit handen aan zijn beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar, dan ziet de patiënt de arts doorgaans niet. Een bijkomend voordeel van het tuchtrecht is nog dat tijdens het mondelinge vooronderzoek dat voor een terechtzitting kan worden geëntameerd, de communicatie tussen arts en patiënt kan worden hersteld. Een voordeel van een zitting bij de civiele rechter is dat wordt gestreefd naar een schikking die voor beide partijen acceptabel is, een voordeel dat door de aard van het tuchtrecht minder eenvoudig kan worden bewerkstelligd.

Overeenkomsten zijn ook aan te wijzen wat de (mogelijke) preventieve werking betreft. Door het formuleren van normen in zijn uitspraken maakt de tuchtrechter duidelijk wat van de arts wordt verlangd. De uitspraken zijn openbaar en worden om reden van het leereffect met enige regelmaat gepubliceerd in geneeskundige tijdschriften. Uitspraken van de tuchtrechter worden vervolgens vaak verwerkt in richtlijnen, zo blijkt uit de praktijk.²⁶⁰ Hetzelfde geldt voor de uitspraken van de civiele rechter. Ook deze uitspraken geven doorgaans weer wat de norm is waaraan de arts moet voldoen en ook deze uitspraken worden gepubliceerd. Gezien de min of meer gelijke normstelling – artikel 40 Wet BIG

257 Rapport van de werkgroep tuchtrecht, Beleidsuitgangspunten wettelijk geregeld tuchtrecht (Rapport Huls), Den Haag 2006, p. 36.

258 S. Kruikemeier e.a., Ervaringen van mensen met klachten over de gezondheidszorg, Utrecht: NIVEL 2009, p. 10, 15, 56 en 80.

259 S. Kruikemeier e.a., Ervaringen van mensen met klachten over de gezondheidszorg, Utrecht: NIVEL 2009, p. 34.

260 J. Legemaate in zijn bijdrage aan het Jaarverslag van de Tuchtcolleges voor de Gezondheidszorg 2011.

en artikel 7:453 BW hanteren beide als uitgangspunt dat de arts zich als een redelijk bekwaam en redelijk handelend arts moet gedragen – zijn de oordelen van de verschillende rechters op elkaar van invloed en dient enig afwijken door de civiele rechter van het oordeel van de tuchtrechter te worden gemotiveerd.²⁶¹ Wel zij benadrukt dat in die zaken waarin het niet tot een oordeel van de rechter komt, de preventieve werking van het aansprakelijkheidsrecht beduidend minder is, omdat het risico op betaling van schade doorgaans wordt overgeheveld naar de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar.²⁶²

Een nadeel van het tuchtrecht ten opzichte van het civiele aansprakelijkheidsrecht is het ontbreken van een mogelijkheid tot toekenning van een schadevergoeding.²⁶³ Anders dan de civiele rechter die gespecialiseerd is in het beoordelen van schadevergoedingsverzoeken hebben de tuchtrechtelijke colleges deze expertise niet of in mindere mate, hetgeen samenhangt met de wijze waarop deze colleges zijn samengesteld.²⁶⁴

Het strafrecht is met name gericht op het handhaven van strafrechtelijke bepalingen door middel van het opleggen van een sanctie:²⁶⁵ het heeft een punitief karakter in optima forma.²⁶⁶ Een voordeel van het strafrecht ten opzichte van het civiele aansprakelijkheidsrecht is dat een strafvervolgning door het OM door de arts – net als het verschijnen voor de tuchtrechter – als zeer ingrijpend wordt ervaren en dus effect sorteert als het gaat om de behoefte de arts ter verantwoording te roepen en hem te laten boeten voor hetgeen hij heeft aangericht.²⁶⁷ Een nadeel van strafvervolgning is echter dat het OM alleen in specifieke (ernstige) gevallen tot vervolging overgaat en de patiënt het middel niet naar eigen gerief kan inzetten, een nadeel dat het civiele aansprakelijkheidsrecht niet kent. Dit is het gevolg van het feit dat het strafrecht met name een maatschappelijk doel dient en niet zozeer het belang van de patiënt voorop stelt. Een overeenkomst is gelegen in het toekennen van een schadevergoeding, zij het dat de strafrechter minder goed is toegerust op het vellen van een oordeel over civiele vorderingen en dit ook niet tot zijn hoofdtaak behoort.

261 HR 12 juli 2002, *NJ* 2003, 151, met nt. F.C.B. van Wijmen. Zie ook Rechtbank Arnhem 17 mei 2006, zaaknr. 123017/HA ZA 05-179 (niet gepubliceerd); Rechtbank Leeuwarden 16 maart 2011, *L&S* 2011, 240 en Gerechtshof Amsterdam 2 augustus 2011, *LJN* BR4200.

262 Zie hierover ook J.C.J. Dute, M.G. Faure en H. Koziol, *Onderzoek No-fault compensatiesysteem*, Reeks evaluatie regelgeving deel 13, Den Haag: Zonmw 2002, hoofdstuk 2.

263 Zie voor een voorstel daartoe Kamerstukken II 2007/08, 29279, nr. 61, p. 7-9 (Brief van de Staatssecretaris van Justitie).

264 Rapport van de werkgroep tuchtrecht, *Beleidsuitgangspunten wettelijk geregeld tuchtrecht* (Rapport Huls), Den Haag 2006, p. 41.

265 G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer, zesde druk, 2011, p. 1.

266 Zie voor een verschuiving van strafbaarheid naar strafrechtelijke aansprakelijkheid P.A.M. Mevis, *Gezondheidsrecht en strafrecht*, preadvies Vereniging voor Gezondheidsrecht 2007, p. 126-137.

267 L. de Kwant, 'Zeven jaar wachten, wachten', een interview met neuroloog G. Lassouw, *MC* 15 juli 2011 (66) nr. 28, p. 1766-1769.

2.6 BESCHOUWING

In dit hoofdstuk stond de vraag centraal welke andere juridische acties dan het civiele aansprakelijkheidsrecht de patiënt ten dienste staan om in geval van zorggerelateerde schade te reageren op een incident tijdens het zorgproces en hoe die acties zich verhouden tot het civiele aansprakelijkheidsrecht. Het doel was te achterhalen of andere juridische acties mogelijkheden en/of voordelen bieden als het gaat om verhaal van schade. De analyse van het civiele aansprakelijkheidsrecht, het klachtrecht, het tuchtrecht, het ‘meld/verzoekrecht’ (IGZ en Nationale ombudsman) en de strafvervolgning hebben geleerd dat elke actie een onderscheidend karakter heeft en in meer of mindere mate kan voorzien in een specifieke behoefte van de patiënt.

Voorop wordt gesteld dat de patiënt (evenals een bij de patiënt betrokken derde) dát juridische middel zou moeten kiezen dat het best is toegerust om aan zijn specifieke behoefte tegemoet te komen. Wordt een niet passende juridische actie ondernomen, dan leidt dit ongeacht de daadwerkelijke effectiviteit ervan tot onvrede en is het mogelijk dat het door de patiënte verzochte (informatie, steun, een maatregel, een straf, een vergoeding) niet kan worden toegewezen. Aldus zou de gang naar de klachtenfunctionaris moeten worden benut om de communicatie met de arts op gang te brengen en om herstel van de behandelrelatie te bewerkstelligen. De gang naar de klachtencommissie zou met name moeten worden benut, indien de behoefte gelegen is in een preventieve werking door middel van aanbevelingen. De melding bij de IGZ of de Nationale ombudsman zou moeten worden benut, indien zich een algemeen belang aandient dat onderzoek behoeft. Ook het tuchtrecht en het strafrecht kunnen in een behoefte voorzien, waar het gaat om bescherming van het algemeen belang, maar ook waar het gaat om het terecht wijzen van de arts. Het tucht- en het strafrecht zouden dus met name voor dat doel moeten worden benut. Het tuchtrecht heeft bovendien een preventiefunctie, gelegen in het formuleren van normen betreffende het gedrag van de arts.

Gaat het echter om de bevrediging van de behoefte om schade te verhalen, dan blijkt geen van de andere juridische acties de patiënt tegemoet te komen. Ditzelfde geldt als het gaat om de behoefte van verhaal van schade door bij de patiënt betrokken derden die kosten maken ten behoeve van de patiënt of die zelf schade lijden (denk aan partner en kind van de patiënt in geval van schade rondom een geboorte). Alleen het civiele aansprakelijkheidsrecht heeft (bij uitstek) een compensatiefunctie en kent als uitgangspunt volledige vergoeding van de schade die de patiënt door een geneeskundige behandeling heeft geleden.²⁶⁸

²⁶⁸ Zie voor een voorbeeld waarin de rechtbank uitdrukkelijk overwoog dat het civiele aansprakelijkheidsrecht de enige juridische actie is die recht geeft op vergoeding van schade Rechtbank Rotterdam 14 maart 2012,

Op dit uitgangspunt wordt overigens een uitzondering gemaakt wanneer een vordering wordt ingediend bij de Geschillencommissie Zorginstellingen; zij kan alleen een gemaximeerde vergoeding van € 5.000 toekennen. Daarmee is dat specifieke middel niet zonder meer geschikt voor gezondheidsschade met omvangrijke gevolgen. De weg lijkt het meest geëigend voor de schade die de patiënt aan materiële zaken oploopt of in geval van minimale gezondheidsschade. Een bijkomend voordeel van het civiele aansprakelijkheidsrecht is de mogelijkheid geïnformeerd te raken over de toedracht van het incident (door het relaas van de arts ter zitting maar bijvoorbeeld ook door een deskundigenbericht).

De effectiviteit van de ene juridische actie is op de andere actie van invloed.²⁶⁹ Immers, hoe beter het klachtrecht, het meldrecht, het tuchtrecht en het strafrecht respectievelijk erkenning, preventie en sanctionering van het gedrag van de arts bewerkstelligen, hoe minder vaak gebruik zal worden gemaakt van het aansprakelijkheidsrecht teneinde die erkenning of sanctie te verkrijgen. Het aansprakelijkheidsrecht kan in dat geval louter worden ingezet om tegemoet te komen aan de behoefte van compensatie van geleden schade wat het hoofddoel is van het aansprakelijkheidsrecht. Wat resteert, is een verbetering van de verschillende juridische mogelijkheden zelf. Om die reden dan ook wordt in dit onderzoek het civiele aansprakelijkheidsrecht verkend: welke mogelijkheden en obstakels kent dit recht, in hoeverre liggen daarin verklaringen voor het lage aantal ingediende en toegewezen vorderingen en behoeft het recht verbetering? In het volgende hoofdstuk wordt daarmee een begin gemaakt door de rechtsverhouding tussen de arts en de patiënt of het ziekenhuis en de patiënt te verkennen, evenals de daaruit voortvloeiende verplichtingen van de arts en het ziekenhuis.

L/JN BV9542. Zie over de hoofdfunctie compensatie van schade ook A.J. Van, *Onzekerheid over ouderschap en causaliteit* (diss. Rotterdam) Arnhem: Gouda Quint 1995, p. 43 (die verwijst naar A.M. Hol, *Gewogen recht. Billijkheid en efficiëntie bij onrechtmatige daad* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1993, p. 29); E.F.D. Engelhard en G.E. van Maanen, *Aansprakelijkheid voor schade: contractueel en buitencontractueel*, Monografieën BW, A15, Deventer: Kluwer 2008, p. 11 en S. Kruikemeier e.a., *Ervaringen van mensen met klachten over de gezondheidszorg*, Utrecht: NIVEL 2009, p. 15-16.

²⁶⁹ Zie over de effectiviteit van mogelijke juridische acties ook R.W.M. Giard, *Aansprakelijkheid van artsen* (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, p. 4, 8, 9, 76 en 77.

DEEL II

3 DE RECHTSVERHOUDING TUSSEN DE PATIËNT EN DE ARTS OF HET ZIEKENHUIS

3.1 INLEIDING

De beantwoording van de onderzoeksvraag vereist in de eerste plaats een verkenning van het civiele aansprakelijkheidsrecht. Deze verkenning vangt in dit hoofdstuk aan met een beschrijving en analyse van de rechtsverhouding tussen de arts, het ziekenhuis en de patiënt. Zij wordt gevolgd door een beschrijving en analyse van de ‘klassieke’ verplichtingen van de arts en het ziekenhuis die uit de rechtsverhouding voortvloeien. Het onderhavige hoofdstuk, het eerste in het tweede deel van het onderzoek, biedt daarmee de basis voor het volgende hoofdstuk waarin de grondslagen voor aansprakelijkheid van de arts en het ziekenhuis worden beschreven. Immers, ter beantwoording van de vraag onder welke omstandigheden de arts of het ziekenhuis aansprakelijk is, dient te worden vastgesteld in welke rechtsverhouding de arts, het ziekenhuis en de patiënt tot elkaar staan en welke verplichtingen uit die verhouding voortvloeien. Knelpunten in de rechtsverhouding en/of de verplichtingen uit die rechtsverhouding kunnen een belemmering vormen voor het recht van de patiënt om zijn schade op de arts of het ziekenhuis te verhalen.

Van oudsher wordt ervan uitgegaan dat tussen de patiënt en de arts tot wie de patiënt zich (eigener beweging) met een hulpverzoek wendt, een contractuele rechtsverhouding ontstaat.¹ De overeenkomst tussen arts en patiënt werd vroeger getypeerd als een overeenkomst tot het verrichten van diensten, waarop de artikelen 1637 en verder van het Burgerlijk Wetboek (oud) van toepassing waren.² Een groot deel van de 20^{ste} eeuw gaven de door de arts bedongen voorwaarden, de voor de arts geldende gedragsregels, de gewoonte en de eisen van goede trouw invulling aan de verplichtingen die uit de contractuele rechtsverhouding voortvloeiden; door de medische beroepsgroep werd gestreefd naar een eigen invulling van de maatschappelijke en ethische normen.³ Tegelijkertijd werden de verplichtingen van de arts bepaald door publiekrechtelijke wetgeving op het gebied van de

-
- 1 J.F. Rang, *Patiëntenrecht* (oratie Leiden), Leiden: Bohn Stafleu van Loghum, 1973, tevens opgenomen in oratiebundel *Gezondheidsrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2012, p. 53.
 - 2 Kamerstukken II 1989/90, 21561, nr. 3, p. 3 (MvT). Zie ook B. Sluijters, ‘De Geneeskundige behandelings-overeenkomst’, *WPNR* 1990/5982, p. 761-768.
 - 3 J.F. Rang, *Patiëntenrecht* (oratie Leiden), Leiden: Bohn Stafleu van Loghum, 1973, tevens opgenomen in oratiebundel *Gezondheidsrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2012, p. 55.

gezondheidszorg, waarmee de ruimte voor eigen invulling door de beroepsgroep werd ingeperkt.⁴

Sinds de inwerkingtreding van Boek 7, titel 7, afdeling 5, van het Burgerlijk Wetboek (BW) in 1995,⁵ is de contractuele rechtsverhouding als uitgangspunt gehandhaafd en heeft zij een plaats gekregen als bijzondere vorm van een overeenkomst van opdracht: de overeenkomst inzake geneeskundige behandeling.⁶ Hoewel met de contractuele aard van de verhouding nog steeds voorop staat dat de arts, het ziekenhuis en de patiënt afspraken mogen maken om invulling te geven aan de verplichtingen uit deze contractuele rechtsverhouding,⁷ is in Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW een aantal 'klassieke' verplichtingen van de arts en het ziekenhuis ten opzichte van de patiënt uitdrukkelijk geregeld. Bovendien wordt aan het bijzondere karakter van de relatie tussen arts, ziekenhuis en patiënt recht gedaan, doordat de arts en het ziekenhuis van deze verplichtingen niet ten nadele van de patiënt mogen afwijken. Naast de verplichtingen uit Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW blijven van belang andere (publiekrechtelijke) wettelijke bepalingen, de voor artsen geldende gedragsregels, de normen ontwikkeld binnen het medisch tuchtrecht en uiteraard de gewoonte en de eisen van redelijkheid en billijkheid.⁸ Met de voortschrijdende invloed van 'Europa' zijn bovendien ook Europese regelingen van steeds grotere betekenis.⁹

- 4 Kamerstukken II 1989/90, 21561, nr. 3, p. 4 (MvT). Zie ook B. Sluijters, 'De Geneeskundige behandelings-overeenkomst', *WPNR* 1990/5982, p. 761-768. Voorts bestond de mogelijkheid om de bepalingen inzake strafvervolgung toe te passen.
- 5 Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW wordt ook wel geduid als de Wet op de Geneeskundige behandelingsovereenkomst (WGBO). Van een afzonderlijke wet is geen sprake, zodat de term 'WGBO' zoveel mogelijk behoort te worden vermeden. Zie voor (mijns inziens terecht) kritiek op het gebruik van de term WGBO T. Hartlief, De staat van het privaatrechtelijke gezondheidsrecht, Preadvis Vereniging voor Gezondheidsrecht, Den Haag: Sdu Uitgevers 2007, p. 70 en T. Hartlief, 'Wat is de norm in het medisch aansprakelijkheidsrecht?', *AA* 60 (2011) 7/8, p. 504-511.
- 6 De behoefte aan een bijzondere regeling die de contractuele rechtsverhouding moest bepalen, leidde in 1977 tot een adviesaanvraag aan de Centrale Raad voor de Volksgezondheid. Op 29 mei 1990 bracht de regering het definitieve wetsontwerp houdende de 'wijziging van het Burgerlijk Wetboek en enige andere wetten in verband met de opnemings van bepalingen omtrent de overeenkomst tot het verrichten van handelingen op het gebied van de geneeskunst' uit, Kamerstukken II 1989/90, 21561, nr. 1 (KB) en Kamerstukken II 1989/90, 21561, nr. 2 (Voorstel van Wet). Zie voor de toelichting Kamerstukken II 1989/90, 21561, nr. 3, p. 26 (MvT). Titel 7, afdeling 5, BW is op 1 april 1995 in werking getreden, zie Stb. 1994, 838 (tekstplaatsing). In 2000 is Titel 7, afdeling 5, BW geëvalueerd, zie J.C. J. Dute e.a., De evaluatie van de WGBO, Den Haag: Zonmw 2000. Zie uitvoeriger Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* 2009, nr. 387 en B. Sluijters, 'De Geneeskundige behandelingsovereenkomst', *WPNR* 1990/5982, p. 761-768.
- 7 Ingevolge artikel 6:248, eerste lid, BW. Zie in geval van onduidelijkheid of onenigheid over de inhoud van de afspraken HR 13 maart 1981, *NJ* 1981, 635, met nt. C.J.H. Brunner. Een actueel voorbeeld betreft de afspraken tussen arts en patiënt rondom het bewaren van eicellen ten behoeve van latere terugplaatsing.
- 8 Ingevolge artikel 6:248, eerste lid, BW. Zie over de invloed van de aard van de overeenkomst op de rechtsgevolgen uit wet, gewoonte en redelijkheid en billijkheid Parl. Gesch. Boek 6, p. 31. Zie voor een voorbeeld uit de rechtspraak betreffende de werking van de redelijkheid en billijkheid HR 12 december 2003, *NJ* 2004, 117, te bespreken in par. 3.2.6.
- 9 Het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM), Rome, 4 november 1950, Trb. 1991, 154 maakt ingevolge artikel 93 en 94 van de Grondwet (Gw) deel uit van onze rechtsorde. De Nederlandse rechter is dan ook gebonden aan het EVRM en aan de rechtspraak van het

Een en ander neemt niet weg dat de omstandigheden met zich kunnen brengen dat de relatie tussen de arts en de patiënt of het ziekenhuis en de patiënt niet kan worden geduid als een overeenkomst inzake geneeskundige behandeling. Er doen zich uitzonderingssituaties voor, die voornamelijk zijn terug te voeren op het onvrijwillige karakter van een geneeskundige behandeling.¹⁰ Zonder wilsovereenstemming is het bestaan van een overeenkomst niet aannemelijk.¹¹ Desalniettemin zijn op deze verhoudingen de in Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW geregelde verplichtingen van overeenkomstige toepassing voor zover de aard van de (bijzondere) rechtsbetrekking tussen de arts en de patiënt of het ziekenhuis en de patiënt zich niet tegen toepassing ervan verzet.¹²

Het voorgaande leidt ertoe dat het eerste deel van dit hoofdstuk wordt gewijd aan een analyse van de contractuele rechtsverhouding tussen de arts, het ziekenhuis en de patiënt (par. 3.2). Dat deel wordt gevolgd door een inventarisatie en beschrijving van de bijzondere situaties waarin een overeenkomst inzake geneeskundige behandeling ontbreekt (par. 3.3). In beide paragrafen wordt tevens kort ingegaan op de uit de rechtsverhouding voortvloeiende verplichtingen. Een nadere uiteenzetting van het doel, de inhoud en de beperkingen van de 'klassieke' verplichtingen van de arts en het ziekenhuis die uit de contractuele rechtsverhouding voortvloeien – te weten de informatieplicht, de behandelplicht, de dossierplicht, de geheimhoudingsplicht en de plicht het privéleven de patiënte te respecteren –,

Europese Hof voor de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden (EHRM). Zie hierover ook (evenals over de directe werking van de in het EVRM neergelegde rechten en het belang in het kader van de relatie tussen arts en patiënt) A.C. Hendriks, De betekenis van het EVRM voor het gezondheidsrecht, in Gezondheidszorg en Europees recht, Preadvies 2009, p. 15-16, 27 e.v. en A.C. Hendriks, 'Europeesrechtelijke ontwikkelingen rond medische aansprakelijkheid', Jaarrede Vereniging voor Gezondheidsrecht, 2013. Zie voorts in algemene zin A.L.M. Keirse, 'EVRMering van (letselschade)recht', *L&S* 2011, nr. 1, p. 5-8; G.E. van Maanen en S.D. Lindenberg, EVRM en privaatrecht: is alles van waarde weerloos?, Preadviezen 2011 uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht, Deventer: Kluwer 2011, p. 21-22. De Nederlandse rechter is ook gebonden aan het door Nederland ondertekende Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de waardigheid van het menselijk wezen tot de toepassing van de biologie en de geneeskunde (Verdrag inzake de rechten van de mens en de biogeneeskunde of Biogeneeskundeverdrag), Oviedo, 4 april 1997, Trb. 1997, 113, dat in het bijzonder voor de geneeskundige behandeling van belang is. De Nederlandse rechter is tevens gebonden aan het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie 18 december 2000, PbEU C 364/1 (Handvest EU). Zie ook A.L.M. Keirse, 'EVRMering van (letselschade)recht', *L&S* 2011, nr. 1, p. 5-8 over de betekenis van het Handvest evenals A.C. Hendriks, 'Europeesrechtelijke ontwikkelingen rond medische aansprakelijkheid', Jaarrede Vereniging voor Gezondheidsrecht, 2013. Hendriks sluit in zijn rede niet uit dat het Handvest EU zijn stempel gaat zetten op het aansprakelijkheidsrecht waar het medische kwesties betreft en wijst daarbij op twee (overigens niet-medische) uitspraken van het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJEU): HvJEU 26 februari 2013, zaaknr. C-617/10 (Åklagaren/Åkerberg Fransson) en HvJEU 26 februari 2013, zaaknr. C-399/11 (Melloni/Ministerio Fiscal).

10 Zie in diezelfde zin het Besluit van 13 maart 2000, houdende aanwijzing van situaties, bedoeld in artikel 464 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek, waarvoor dit artikel later dan met ingang van 1 mei 2000 in werking zal treden, Stb. 2000, 121.

11 Artikel 6:217 BW in verbinding met artikel 3:33 BW vereist een met de wil overeenstemmende verklaring van de patiënt.

12 Ingevolge de schakelbepaling van artikel 7:464 BW.

volgt in het tweede deel van dit hoofdstuk (par. 3.4). Aangezien de meeste van deze verplichtingen van de hulpverlener ook in niet (benoemde) contractuele rechtsverhoudingen gelden, wordt niet nader op de verplichtingen in de bijzondere situaties ingegaan: afwijkingen worden bij de bespreking van de situaties waarin een overeenkomst inzake geneeskundige behandeling ontbreekt, aangestipt.

Het hoofdstuk wordt afgesloten met een signalering van knelpunten (par. 3.5).

3.2 DE RECHTSVERHOUDING TUSSEN ARTS, ZIEKENHUIS EN PATIËNT: DOORGAANS CONTRACTUEEL

3.2.0 Opmerkingen vooraf

Zoals in de inleiding is verwoord, wordt de rechtsverhouding tussen de arts of het ziekenhuis en de patiënt doorgaans getypeerd als een overeenkomst inzake geneeskundige behandeling of, kortweg, een behandelingsovereenkomst. De omstandigheid dat de arts of het ziekenhuis een behandelingsovereenkomst heeft gesloten met de patiënt brengt met zich dat een tekortkoming in de nakoming van een verplichting uit die overeenkomst de grondslag biedt voor een recht op vergoeding van de schade die de patiënt door die tekortkoming heeft geleden. Dit rechtvaardigt een nadere bespreking van de behandelingsovereenkomst. Eerst wordt ingegaan op het onderwerp van de behandelingsovereenkomst: het verrichten van handelingen op het gebied van de geneeskunst (par. 3.2.1). Het onderwerp geeft de reikwijdte van het toepassingsgebied aan. Gezien het belang van een antwoord op de vraag tussen wie de verplichtingen uit de behandelingsovereenkomst gelden, worden daarna de partijen bij de behandelingsovereenkomst geanalyseerd (par. 3.2.2 en 3.2.3). Aan bod komen vervolgens de voorwaarden voor zowel de totstandkoming als de beëindiging van de behandelingsovereenkomst (par. 3.2.4 en 3.2.5). Doorgaans zullen partijen slechts in de tussengelegen periode verplichtingen ten opzichte van elkaar hebben. Tot slot worden ter inleiding kort een aantal contractuele verplichtingen van zowel de patiënt als de arts en het ziekenhuis geïnventariseerd (par. 3.2.6).

3.2.1 Het onderwerp van de behandelingsovereenkomst

Artikel 7:446, eerste lid, BW bepaalt dat de overeenkomst inzake geneeskundige behandeling de overeenkomst is waarbij een natuurlijke persoon of een rechtspersoon, de hulpverlener, zich in de uitoefening van een geneeskundig beroep of bedrijf tegenover een ander, de opdrachtgever, verbindt tot het verrichten van handelingen op het gebied van de genees-

kunst, rechtstreeks betrekking hebbende op de persoon van de opdrachtgever, of van een bepaalde derde. Oftewel, onderwerp van de behandelingsovereenkomst is *het verrichten van handelingen op het gebied van de geneeskunst*.

Wat onder handelingen op het gebied van de geneeskunst wordt verstaan, is nader omschreven in artikel 7:446, tweede lid, BW. Het betreft ten eerste alle verrichtingen die van oudsher tot de geneeskunst worden gerekend, namelijk alle verrichtingen – het onderzoeken en het geven van raad daaronder begrepen – rechtstreeks betrekking hebbende op een persoon en ertoe strekkende hem van een ziekte te genezen, hem voor het ontstaan van een ziekte te behoeden of zijn gezondheidstoestand te beoordelen, dan wel deze verloskundige bijstand te verlenen (a).¹³ Het betreft ten tweede andere handelingen die rechtstreeks betrekking hebben op een persoon en die worden verricht door een arts of tandarts in die hoedanigheid (b). De verruiming van sub b heeft met name betrekking op de handelingen die een arts of tandarts verricht ten behoeve van een gezond persoon. Te denken valt aan handelingen met een zuiver cosmetisch oogmerk of aan voorlichting over zwangerschapspreventie.¹⁴

In de literatuur is opgemerkt dat zich gevallen kunnen voordoen waarin de door een arts verrichte handelingen niet onder artikel 7:446, tweede lid, BW kunnen worden begrepen.¹⁵ Het afnemen van een intelligentietest door een psycholoog bijvoorbeeld zou niet aan de definitie voldoen net zomin als het geven van een sportmassage door een fysiotherapeut.¹⁶ Ik kan mij daarin vinden, met dien verstande dat gezien het beschermingsbelang een zo ruim mogelijke opvatting over het begrip ‘handelingen op het gebied van de geneeskunst’ op zijn plaats lijkt.

In de literatuur is tevens opgemerkt dat de uitvoering van euthanasie niet onder handelingen op het gebied van de geneeskunst in de zin van artikel 7:446, tweede lid, BW valt; euthanasie is geen ‘normale’ vorm van medisch handelen.¹⁷ Ik ben echter van mening dat de begeleiding van de patiënt in het proces tot aan de feitelijke levensbeëindiging weldegelijk valt onder de normale verrichtingen van een huisarts en in die zin kan ik mij in de gemaakte uitzondering

13 Kamerstukken II 1989/90, 21561, nr. 3, p. 28 (MvT).

14 Kamerstukken II 1989/90, 21561, nr. 3, p. 28 (MvT). Zie ook H.J.J. Leenen, J.K.M. Gevers en J. Legemaate, *Handboek Gezondheidsrecht*, Deel I, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, vijfde geheel herziene druk, 2011, p. 184.

15 J.K.M. Gevers, ‘De WBGO in a-typische situaties’, *TvGr* 1996, nr. 1, p. 8-15.

16 Zie voor deze mening J.K.M. Gevers, ‘De WBGO in a-typische situaties’, *TvGr* 1996, nr. 1, p. 8-15.

17 Zie hierover H.J.J. Leenen, J.K.M. Gevers en J. Legemaate, *Handboek Gezondheidsrecht*, Deel I, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, vijfde geheel herziene druk, 2011, p. 184-185 en hoofdstuk 11.

niet vinden.¹⁸ Wel is duidelijk dat op euthanasie speciale regelgeving van toepassing is: de Wet toetsing levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding (Wtlvhz).¹⁹ Euthanasie is ingevolge artikel 293 Wetboek van Strafrecht strafbaar, tenzij is voldaan aan de zorgvuldigheidseisen van artikel 2 Wtlvhz.

Onder handelingen op het gebied van de geneeskunst vallen tevens handelingen op het gebied van de artsenijsbereidkunst, zoals het bereiden van geneesmiddelen, daaronder begrepen het in een farmaceutische vorm brengen, alsmede het verpakken en het etiketteren van de verpakking en het afleveren van geneesmiddelen, ook wanneer deze handelingen door een apotheker zijn verricht.

Tot 1 juli 2007 werden onder handelingen op het gebied van de geneeskunst niet verstaan handelingen op het gebied van de artsenijsbereidkunst in de zin van de Wet op de Geneesmiddelenvoorziening (WOG),²⁰ indien deze werden verricht door een gevestigde apotheker in de zin van die wet. De uitzondering was opgenomen in het toenmalige vierde lid van artikel 7:446 BW.²¹ De uitzondering berustte op het feit dat de WOG een afdoende bescherming aan de patiënt bood in het geval de patiënt uitsluitend met de apotheker contracteerde. Was sprake van medicatieverstrekking op recept of medicatiebewaking dan bestond bovendien een overeenkomst tussen de patiënt en de hulpverlener. Onder de reikwijdte van Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW viel wel het afleveren van geneesmiddelen in een ziekenhuis of door een apotheekhoudende (huis)arts. Deze handeling viel weliswaar ook onder de WOG, maar bij het vormgeven van Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW is ervoor gekozen om de behandelingsovereenkomst tussen een patiënt en een hulpverlenend rechtspersoon te betrekken op het geheel der handelingen dat door de rechtspersoon wordt verricht.²² Gaandeweg kwam echter het inzicht dat de regels inzake de geneeskundige behandeling ook moesten gelden voor de relatie tussen de patiënt en de openbare apotheker.²³ Om die reden is het vierde lid komen te vervallen.²⁴ Een en ander betekent dat de hierna nog te bespreken verplichtingen ook van toepassing zijn op de overeenkomst die tussen een patiënt en een openbare apotheker tot stand komt, ook al wordt deze overeenkomst eerder als een koopovereenkomst

18 Zie bijvoorbeeld RTG 's-Gravenhage 23 oktober 2012, *LJN* YG2372 en RTG 's-Gravenhage 23 oktober 2012, *LJN* YG2373 over de begeleiding van de patiënt.

19 Wet van 12 april 2001, Stb. 2001, 194.

20 Vervallen per 1 juli 2007, thans Geneesmiddelenwet.

21 Kamerstukken II 1989/90, 21561, nr. 2 (Voorstel van Wet).

22 Kamerstukken II 1989/90, 21561, nr. 3, p. 10 (MvT).

23 Kamerstukken II 2001/02, 28494, nr. 3, p. 6 (MvT).

24 Stb. 2007, 92 en Stb. 2007, 227.

gezien. Op de relatie tussen patiënt en apotheker wordt in dit boek niet nader ingegaan. Volstaan wordt met de voorgaande opmerkingen en de bespreking van de verplichtingen in het tweede deel van dit hoofdstuk.

Tot de handelingen op het gebied van de geneeskunst worden ingevolge artikel 7:446, derde lid, BW mede gerekend het, in het kader van een geneeskundige behandeling, verplegen en verzorgen van de patiënt en het overigens rechtstreeks ten behoeve van de patiënt voorzien in de materiële omstandigheden waaronder die handelingen kunnen worden verricht. Deze handelingen worden ook wel ‘aanpalende handelingen’ genoemd.²⁵ Dergelijke aanpalende handelingen worden veelal verricht door de hulpverlener die ook de geneeskundige handelingen verrichtte. Het is echter even goed mogelijk dat de aanpalende handelingen worden verricht door een ander. Als voorbeeld kan worden gedacht aan de situatie dat het ziekenhuis de aanpalende handelingen verricht en de medisch specialist de eigenlijke geneeskundige handelingen uitvoert.²⁶

Opgemerkt wordt dat het begrip handelingen op het gebied van de geneeskunst afwijkt van de definitie die gehanteerd wordt in de Wet op de Beroepen in de individuele gezondheidszorg (Wet BIG). In de Wet BIG wordt het begrip ‘handeling op het gebied van de individuele gezondheidszorg’ gehanteerd. Daaronder worden verstaan alle verrichtingen – het onderzoeken en het geven van raad daaronder begrepen –, rechtstreeks betrekking hebbende op een persoon en ertoe strekkende diens gezondheid te bevorderen of te bewaken evenals alle verrichtingen – het onderzoeken en het geven van raad daaronder begrepen –, rechtstreeks betrekking hebbende op een persoon en ertoe strekkende hem van een ziekte te genezen, hem voor het ontstaan van een ziekte te behoeden of zijn gezondheidstoestand te beoordelen, dan wel verloskundige bijstand te verlenen, het bij een persoon afnemen van bloed of wegnemen van weefsel voor andere doeleinden dan die strekkende tot genezing, behoeden voor het ontstaan van een ziekte, beoordeling van de gezondheidstoestand of de verlening van verloskundige bijstand en het wegnemen van weefsel bij een overledene en het verrichten van sectie.²⁷ Ingevolge de Wet BIG vallen aanpalende handelingen dus niet onder de definitie van handelingen op het gebied van de indivi-

25 Kamerstukken II 1989/90, 21561, nr. 3, p. 8-9 (MvT). Zie ook B. Sluijters, ‘De Geneeskundige behandelings-overeenkomst’, *WPNR* 1990/5982, p. 761-768.

26 Zie ook par. 3.2.3.

27 Artikel 1, eerste en tweede lid, Wet BIG. Zie voor een toelichting op de ratio van het verschil Kamerstukken II 1989/90, 21561, nr. 3, p. 8-9 (MvT). Zie hierover ook B. Sluijters, ‘De Geneeskundige behandelings-overeenkomst’, *WPNR* 1990/5982, p. 761-768 en J.K.M. Gevers, ‘De toepassing van de WGBO in atypische situaties’, *TvGr* 1996, nr. 1, p. 8-15.

duale gezondheidszorg. In die zin is de definitie van Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW ruimer.

Onder artikel 7:446, derde lid, BW vallen daarentegen niet de handelingen die betrekking hebben op de verzorging van gezonde bejaarden in een verzorgingstehuis of verpleeghuis en evenmin de handelingen die betrekking hebben op de verzorging van verstandelijk gehandicapten in een daarvoor ingerichte instelling (de zogeheten ‘care’ sector). Hoewel de handelingen grote overeenkomsten vertonen met de handelingen op het gebied van de geneeskunst, brengt het feit dat deze handelingen niet worden verricht in het kader van een geneeskundige behandeling met zich dat deze vorm van zorgverlening niet onder de definitie van artikel 7:446 BW valt.²⁸ Desalniettemin wordt verondersteld dat alleen in uitzonderingssituaties in zuivere zin zorg wordt verleend en dat in de meeste gevallen toch (ook) handelingen op het gebied van de geneeskunst zullen worden verricht.²⁹

Het vereiste voorts dat de handelingen op het gebied van de geneeskunst *rechtstreeks betrekking hebben op de persoon van de opdrachtgever of van een bepaalde derde* (de patiënt) brengt met zich dat sprake moet zijn van individuele gerichtheid, wat overigens niet inhoudt dat er rechtstreeks contact plaatsvindt met de betrokken patiënt; ook het verrichten van onderzoek naar stoffen, afkomstig van een patiënt en het beoordelen van de resultaten van zodanig onderzoek door een klinisch chemicus, behoren tot de handelingen op het gebied van de geneeskunst.³⁰ Doorgaans zal aan deze eis zijn voldaan. Het is om de eis van individuele gerichtheid echter twijfelachtig of een bevolkingsonderzoek onder de reikwijdte van artikel 7:446 BW valt. Hoewel het zonder meer gaat om handelingen op het gebied van de geneeskunst, kan niet worden gezegd dat de handelingen worden verricht naar aanleiding van een op de desbetreffende persoon gerichte indicatie; het handelen is gericht op de beoordeling van de gezondheidstoestand van een bepaalde groep personen zonder klachten of hulpvraag.³¹

3.2.2 De opdrachtgever

Ingevolge artikel 7:446, eerste lid, BW verbindt de hulpverlener zich tegenover zijn opdrachtgever tot het verrichten van handelingen op het gebied van de geneeskunst. De

28 Kamerstukken II 1990/91, 21561, nr. 6, p. 27 (MvA). Zie hierover ook J.K.M. Gevers, ‘De toepassing van de WGBO in a-typische situaties’, *TvGr* 1996, nr. 1, p. 8-15.

29 Kamerstukken II 1991/92, 21561, nr. 11, p. 18 (Nadere MvA).

30 Kamerstukken II 1989/90, 21561, nr. 3, p. 28 (MvT). Zie niet geheel in overeenstemming daarmee J.K.M. Gevers, ‘De toepassing van de WGBO in a-typische situaties’, *TvGr* 1996, nr. 1, p. 8-15.

31 Zie ook J.K.M. Gevers, ‘De toepassing van de WGBO in a-typische situaties’, *TvGr* 1996, nr. 1, p. 8-15 en J.K.M. Gevers, ‘De Wcz: achtergrond, opzet en reikwijdte’, *TvGr* 2010, nr. 8, p. 589-596.

handelingen op het gebied van de geneeskunst dienen rechtstreeks betrekking te hebben op de persoon van de opdrachtgever of van een bepaalde derde, zo werd hiervoor reeds beschreven. Degene op wiens persoon de handelingen rechtstreeks betrekking hebben, wordt aangeduid als de *patiënt*, aldus artikel 7:446, eerste lid, tweede volzin, BW.

Degene die opdracht geeft tot het verrichten van een geneeskundige handeling is doorgaans degene op wiens persoon de geneeskundige handeling betrekking heeft. De opdrachtgever is in dat geval gelijk aan de patiënt. Een probleem doet zich echter voor wanneer de patiënt wilsonbekwaam en/of (tevens) handelingsonbekwaam, dan wel handelingsonbevoegd is. Deze patiënten zijn niet zelfstandig bevoegd tot het aangaan van een behandelingsovereenkomst of niet in staat hun wil daaromtrent te uiten. Zij hebben daarom doorgaans een (wettelijk) vertegenwoordiger die feitelijk als opdrachtgever optreedt.

De meest voorkomende situatie is die waarin de minderjarige patiënt wordt vertegenwoordigd door zijn wettelijk vertegenwoordigers, meestal de (gezaghebbende³²) ouders. Hoewel hij niet per definitie wilsonbekwaam is, is een minderjarige zonder toestemming van zijn wettelijk vertegenwoordiger niet handelingsbekwaam een behandelingsovereenkomst te sluiten, wat volgt uit artikel 1:234 BW.³³ Minderjarig in de zin van Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW is de patiënt die de leeftijd van zestien nog niet heeft bereikt, aldus artikel 7:447, eerste lid, BW. Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW maakt hiermee een uitzondering op de gebruikelijke leeftijd van achttien jaren, neergelegd in artikel 1:233 BW.

Zoals blijkt uit de toelichting op het wetsvoorstel van Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW is de ontwikkeling dat minderjarigen op steeds jongere leeftijd feitelijk zelfstandig aan het rechtsverkeer deelnemen redengevend voor de uitzondering geweest. Voor de gezondheidszorg heeft deze ontwikkeling tot gevolg gehad, dat minderjarigen ook zelf een beroep doen op hulpverleners. In het algemeen mag, bij het bereikt hebben van de leeftijd van zestien jaar, het noodzakelijke inzicht worden verondersteld.³⁴ Naast juridische bekwaamheid tot het aangaan van behandelingsovereenkomst is de zestienjarige ook bekwaam tot het aangaan van overeenkomsten die daarmee onmiddellijk verband houden. Gedacht kan worden aan hulpmiddelen die noodzakelijk zijn in het kader van de behandeling

32 De arts heeft een onderzoeksplicht naar het gezag van de ouders, CTG 19 april 2011, *LJN* YG1064. Zie over de vraag wie gezag heeft E. Lam en J. Huiteman, *Ouderschapswijzer*, welke ouder heeft welke rechten en plichten, uitgave september 2012.

33 Het artikel is positief geformuleerd en gaat uit van handelingsbekwaamheid met toestemming.

34 Kamerstukken II 1989/90, 21561, nr. 3, p. 19 (MvT).

en genezing van de patiënt, zoals het kopen van medicatie.³⁵ De uitbreiding van de handelingsbekwaamheid zal niet te ruim mogen worden uitgelegd.³⁶

Een andere situatie van wettelijke vertegenwoordiging betreft de meerderjarige wilsonbekwame patiënt. De term 'wils(on)bekwaamheid' komt in de wettekst niet voor.³⁷ In artikel 7:465 BW wordt als criterium genoemd 'of de patiënt al dan niet in staat kan worden geacht tot een redelijke waardering van zijn belangen ter zake'.³⁸ Het gaat het bestek van dit boek te buiten om uitvoerig in te gaan op alle facetten van de wilsonbekwaamheid,³⁹ doch niet onvermeld wordt gelaten dat bekwaamheid voorop staat, totdat het tegendeel komt vast te staan.⁴⁰ Wilsonbekwaamheid dient in de concrete situatie ten aanzien van concrete omstandigheden te worden bepaald.⁴¹ Een gebrek aan inzicht in de ziekte waaraan de patiënt lijdt, is op zichzelf niet voldoende,⁴² maar kan wel een relevante factor zijn.⁴³ Het is in beginsel de hulpverlener die zich een mening moet vormen over de wilsonbekwaamheid van de patiënt en die dit moet kunnen motiveren.⁴⁴ Een klein deel van de wilsonbekwame patiënten is op gronden genoemd in artikel 1:378 BW onder curatele gesteld en wordt door de uitspraak van de rechter handelingsonbekwaam.⁴⁵ Ten behoeve van een veel groter deel van de wilsonbekwame patiënten is op grond van artikel 1:450 BW een mentorschap

35 Kamerstukken II 1989/90, 21561, nr. 3, p. 30 (MvT) en Kamerstukken II 1990/91, 21561, nr. 6, p. 52 (MvA).

36 Kamerstukken II 1989/90, 21561, nr. 3, p. 30 (MvT).

37 Zie voor een beschouwing daarover ook C.P.M. Akerboom e.a., Thematische Wetsevaluatie wilsonbekwaamheid en vertegenwoordiging, Den Haag: Zonmw 2011, p. 26 e.v. Zie eveneens J.C.J. Dute en J.K.M. Gevers, 'Wilsonbekwaamheid en vertegenwoordiging', *TvGr* 2012, nr. 5, p. 380-389. Ten tijde van de parlementaire behandeling – zie Kamerstukken II 1991/92, 21561, nr. 11, p. 39 (Nadere MvA) – werd ter bepaling van wilsonbekwaamheid aangesloten bij C.J. van de Klippe, zie C.J. van de Klippe, 'Wilsonbekwaamheid in de psychiatrie, zes benaderingen', *Maandblad Geestelijke Volksgezondheid* 1990, p. 123-138.

38 Zie voor de bepaling van wilsonbekwaamheid het stappenplan, bijlage 9 bij KNMG, Implementatie van de WGBO – van wet naar praktijk, Deel 2, Informatie en toestemming, Utrecht: KNMG 2004. Zie voorts N. Doorn, *Wilsbekwaamheid*, Amsterdam: Uitgeverij Boom 2009.

39 Zie daarvoor C.P.M. Akerboom e.a., Thematische Wetsevaluatie wilsonbekwaamheid en vertegenwoordiging, Den Haag: Zonmw 2011 en T.J.E.M. Bakker e.a., *Handreiking voor de beoordeling van wilsonbekwaamheid (voor de hulpverlener)*, januari 2007.

40 J. Legemaate, Criteria voor wilsonbekwaamheid, *NJB* afl. 6/1992, p. 190-193 en J.C.J. Dute en J.K.M. Gevers, 'Wilsonbekwaamheid en vertegenwoordiging', *TvGr* 2012, nr. 5, p. 380-389.

41 Kamerstukken II 1990/91, 21561, nr. 6, p. 52 (MvA) en Kamerstukken II 1991/92, 21561, nr. 11, p. 39 (Nadere MvA). Zie ook A.B. van Lomwel en E. van Veen, *De WGBO – De betekenis voor de hulpverleners in de gezondheidszorg*, Lelystad: Koninklijke Vermande 1996, p. 112; J. Legemaate, Criteria voor wilsonbekwaamheid, *NJB* afl. 6/1992, p. 190-193; C.P.M. Akerboom e.a., Thematische Wetsevaluatie wilsonbekwaamheid en vertegenwoordiging, Den Haag: Zonmw 2011, p. 31-32 en J.C.J. Dute en J.K.M. Gevers, 'Wilsonbekwaamheid en vertegenwoordiging', *TvGr* 2012, nr. 5, p. 380-389.

42 Rechtbank Middelburg 22 september 1986, *TvGr* 1987, nr. 153.

43 Rechtbank Zutphen 14 april 1993, *KG* 1993, 173; Rechtbank Roermond 27 juli 1989, *NJ* 1990, 759; Rechtbank Assen 20 december 1994, *NJ* 1995, 315 en Rechtbank Middelburg 22 september 1986, *TvGr* 1987, nr. 18.

44 Kamerstukken II 1990/91, 21561, nr. 6, p. 52 (MvA) en Kamerstukken II 1991/92, 21561, nr. 11, p. 40 (Nadere MvA). Zie ook B. Sluijters en M.C.I.H. Biesaat, 'De geneeskundige behandelingsovereenkomst', Deventer: Kluwer, tweede druk, 2005, p. 149-150.

45 Het gevolg 'handelingsonbekwaamheid' vloeit voort uit artikel 1:381, tweede lid, BW.

ingesteld. Door de uitspraak van de rechter worden zij handelingsonbevoegd.⁴⁶ Deze patiënten worden vertegenwoordigd door hun curator respectievelijk mentor.

Het is ook mogelijk dat de patiënt een persoonlijk gemachtigde heeft aangewezen om een behandelingsovereenkomst te sluiten voor het geval hij niet meer in staat is tot een redelijke waardering van zijn belangen inzake de noodzaak tot het ondergaan van geneeskundige zorg. Als voorbeeld kan worden gedacht aan een patiënt met beginnende tekenen van dementie. De persoonlijk gemachtigde wordt aangewezen bij schriftelijke machtiging.⁴⁷ Hij kan alleen optreden als er geen wettelijk vertegenwoordiger is aangewezen.⁴⁸ De wettelijke basis voor vertegenwoordiging door een persoonlijk gemachtigde is gelegen in artikel 3:60 BW.

Bij afwezigheid van een wettelijk vertegenwoordiger of een persoonlijk gemachtigde, kan een familielid als vertegenwoordiger optreden en de overeenkomst sluiten op grond van artikel 6:198 BW (zaakwaarneming).⁴⁹ Een voorbeeld van een situatie waarin een dergelijke vertegenwoordiging aan de orde kan komen, is de situatie waarin een meerderjarige persoon als gevolg van een ongeval of (plotselinge) aandoening bewusteloos of comateus is, maar dringend geneeskundige hulp behoeft.⁵⁰ Onder normale omstandigheden zal deze patiënt geen curator hebben, noch is ten behoeve van hem het mentorschap ingesteld. Ook een persoonlijk gemachtigde zal onder normale omstandigheden niet zijn aangewezen. Voor de hand ligt het dan dat de echtgenoot of partner van de patiënt of, bij afwezigheid daarvan, een ouder, kind, broer of zus als zaakwaarnemer optreedt en de behandelingsovereenkomst ten behoeve van de patiënt sluit.⁵¹ Is ook deze niet aan te wijzen, dan blijft een opdracht tot het sluiten van een overeenkomst achterwege en wordt aangenomen dat de hulpverlener (in spoedeisende gevallen) als zaakwaarnemer moet optreden en de belangen van de patiënt moet behartigen, zonder de bevoegdheid daartoe aan een rechtshandeling of een elders in de wet geregelde rechtsverhouding te ontleen.⁵² Nu de hulpverlener niet met zichzelf

46 Het gevolg 'handelingsonbevoegdheid' vloeit voort uit artikel 1:453, eerste lid, BW. Zie voorts HR 8 juni 2001, NJ 2001, 422 (mentorschap tast eventuele volmacht niet aan, anders dan bij ondercuratelestelling).

47 Volgens een uitspraak van de Rechtbank Utrecht hoeft de machtiging niet te zijn gedateerd, Rechtbank Utrecht 12 oktober 1999, LJN AA387.

48 Deze voorrangsregeling vloeit voort uit artikel 7:465, derde lid, BW. Zie hierover ook C.P.M. Akerboom e.a., Thematische Wetsevaluatie wilsonbekwaamheid en vertegenwoordiging, Den Haag: Zonmw 2011, p. 44.

49 Dat een wettelijk vertegenwoordiger en een persoonlijk gemachtigde voorgaan, volgt uit artikel 7:465 BW.

50 De algemeen heersende opvatting is dat deze in nood verkerende bewusteloze patiënt geneeskundige hulp wil: dit is immers wat een redelijk handelend patiënt zou willen. Zie ook het advies van de KNMG in haar Richtlijn Niet-aangaan of beëindiging van de geneeskundige behandelingsovereenkomst, 2005, p. 4.

51 Zie in dezelfde zin Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* 2009, nr. 399.

52 Zie in dezelfde zin Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* 2009, nr. 399.

namens de patiënt een overeenkomst kan sluiten, wordt hij echter niet als (feitelijk) opdrachtgever aangemerkt.⁵³

(Wettelijk) vertegenwoordigers worden geen partij bij de behandelingsovereenkomst, maar sluiten die in naam van de patiënt. De patiënt blijft dus formeel juridisch opdrachtgever.⁵⁴ Dit neemt niet weg dat het op zich mogelijk is dat (ook) wettelijk vertegenwoordigers formeel juridisch als contractspartij optreden en de behandelingsovereenkomst (mede) sluiten met het oog op een eigen belang.⁵⁵ Dat wettelijk vertegenwoordigers als contractspartij optreden, zal echter alleen in bijzondere omstandigheden worden aangenomen.⁵⁶ Uit de jurisprudentie volgt bijvoorbeeld dat een eigen belang van ouders daarvoor niet voldoende is, ook al sluiten zij de behandelingsovereenkomst ter uitvoering van de zorgplicht voor hun kind en hebben zij zowel een materieel als een immaterieel belang bij de goede nakoming ervan.⁵⁷ Hoewel de grondslag voor een recht op schadevergoeding en de schadevergoeding zelf pas in hoofdstuk 4, respectievelijk hoofdstuk 7, wordt besproken, wordt hier reeds opgemerkt dat ouders die door het letsel of overlijden van hun kind schade lijden, gezien het ontbreken van een contractuele relatie met de hulpverlener als ‘derden’ worden aangemerkt en doorgaans alleen recht op vergoeding van schade hebben, voor zover het ‘verplaatste schade’ als bedoeld in artikel 6:107 BW betreft.⁵⁸ Komt de verplaatste (gevolg)schade krachtens dit artikel niet voor vergoeding in aanmerking (verdriet om het aangetaste kind komt bijvoorbeeld niet voor vergoeding in aanmerking), dan zullen de ouders de schade zelf moeten dragen, hetgeen het gevolg is van het gesloten vergoedingsstelsel van Boek 6, titel 1, afdeling 10, BW; het stelsel staat aan vergoeding van door derden geleden schade in de weg voor zover het geen verplaatste schade betreft, zelfs wanneer rechtstreeks onrechtmatig is gehandeld ten opzichte van de ouders.⁵⁹ Willen

53 Zie in dezelfde zin Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* 2009, nr. 399.

54 Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* 2009, nr. 399 en 404.

55 Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* 2009, nr. 404. Zie ook de conclusie van P-G Langemeijer bij HR 8 september 2000, NJ 2000, 734, met nt. A.R. Bloembergen (Baby Joost), overweging 2.8. Zie voorts M.G. Sluiter en M.M. ten Hoopen, ‘Ouders, kind en de geneeskundige behandelingsovereenkomst: wie is contractspartij?’, *FJR* 1996, nr. 6, p. 149-156.

56 Een voorbeeld uit de rechtspraak is Gerechtshof’s-Hertogenbosch 26 september 2000, NJ 2001, 675.

57 HR 8 september 2000, NJ 2000, 734, met nt. A.R. Bloembergen (Baby Joost). Zie ook Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* 2009, nr. 404. Zie voor kritiek op dit punt C.C. van Dam, ‘De ouders van Joost’, *VR* 2001, nr. 1, p. 1-8. De rechtbank in eerste aanleg meende nog wel dat het eigen belang voldoende was om als contractspartij te worden aangemerkt: Rechtbank Amsterdam 5 juli 1995, *NJkort* 1995, 35.

58 Vandaar het belang om als contractspartij gezien te worden. Zie over schade van derden en het vergoedingsstelsel van artikel 6:107 BW hoofdstuk 7, par. 7.3.2.

59 Zie HR 12 december 1986, NJ 1987, 958, met nt. C.J.H. Brunner. Het stelsel en de gedachte erachter is benadrukt in HR 22 februari 2002, NJ 2002, 240, met nt. J.B.M. Vranken. Zie voorts R. Rijnhout, *Schadevergoeding voor derden in personenschadezaken* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012, p. 1-11, 96-97 en 101-111, 137-139; S.D. Lindenberg, *Smartengeld* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1998, p. 180-184; T. Hartlief, ‘Baby Joost en het verdriet van Nederland’, *AA* 49 (2000) 12, p. 863-873 en T. Hartlief,

ouders ‘eigen’ (geen van de minderjarige patiënt afgeleide) schade op de hulpverlener verhalen, dan zullen zij een jegens hen gepleegde onrechtmatige daad moeten aantonen. Dit is doorgaans niet eenvoudig. Zo is het bijvoorbeeld de vraag wat die eigen schade inhoudt. Gaat het in de meeste gevallen feitelijk niet toch om schade die het gevolg is van het letsel of het overlijden van het kind? Voorts is het de vraag wat het onrechtmatige was aan het gedrag van de hulpverlener ten opzichte van de ouders; strekte de zorgplicht van de hulpverlener in het concrete geval ook tot bescherming van de ouders?⁶⁰ In de literatuur wordt in dat kader bepleit dat de onrechtmatigheid van het gedrag zou moeten worden ingevuld aan de hand van de contractuele verplichtingen van de hulpverlener ten opzichte van het kind. De verplichtingen uit de overeenkomst – meer in het bijzonder de zorgplicht van de hulpverlener – zouden dus niet alleen betrekking hebben op de minderjarige patiënt, maar zich tevens uitstrekken tot de betrokken ouders.⁶¹ Mijns inziens is het dan echter nog steeds de vraag welke zorg de hulpverlener jegens de ouders in acht had moeten nemen. Bij bijvoorbeeld de schending van een informatieplicht ten opzichte van de ouders is daar iets concreets bij voor te stellen,⁶² maar in alle andere gevallen komt toch steeds weer de vraag op of het niet ‘gewoon’ om aanspraken van ouders op jegens het kind geschonden verplichtingen gaat. Een andere mogelijkheid die wordt bepleit betreft het aannemen van een niet gelegitimeerde inbreuk – en dus een schending – op het recht op eerbiediging van het familie- en gezinsleven, neergelegd in artikel 8 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden (EVRM),⁶³ hetgeen een onrechtmatige daad ten opzichte van de ouders met zich zou brengen en waaraan zij een zelfstandig vorderingsrecht zouden kunnen ontleen.⁶⁴ In de rechtspraak is tot dusver zo een constructie in gevallen van wettelijke vertegenwoordiging niet aangenomen,⁶⁵ enigszins summierlijk gemotiveerd is overwogen dat artikel 8 EVRM niet strekt tot bescherming van de integriteit van het gezinsleven.⁶⁶

‘Wie heeft er recht op vergoeding van personenschade? Enkele opmerkingen over afbakening van de kring van gerechtigden in het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht’, *TVP* 2006, nr. 4, p. 98-104.

60 Zie voor een uitwerking op dit punt hoofdstuk 4, par. 4.3.1.3.

61 C.C. van Dam, ‘De ouders van Joost’, *VR* 2001, nr. 1, p. 1-8 en R.J.P. Kottenhagen, ‘De zaak Baby Joost: een teleurstellende ontknoping’, *L&S* 2000, nr. 3, p. 5-14.

62 Zie bijvoorbeeld HR 2 november 1979, *NJ* 1980, 77, met nt. G.J. Scholten en *VR* 1983, 64, met nt. A.J.O. van Wassenaer van Catwijck (Vader Versluis).

63 Uit de tekst van artikel 8 EVRM volgt een toetsingskader ter beoordeling van gegrondheid van een klacht op grond van artikel 8 EVRM. Een inbreuk brengt nog geen schending met zich. Van een schending wordt gesproken wanneer de inbreuk niet legitiem en/of niet noodzakelijk is.

64 C.C. van Dam, ‘De ouders van Joost’, *VR* 2001, nr. 1, p. 1-8 en R.J.P. Kottenhagen, ‘De zaak Baby Joost: een teleurstellende ontknoping’, *L&S* 2000, nr. 3, p. 5-14.

65 Zie voor een uitdrukkelijke afwijzing Gerechtshof Amsterdam 6 augustus 1998, *VR* 1998, 183 (Baby Joost) en HR 8 september 2000, *NJ* 2000, 734, met nt. A.R. Bloembergen (Baby Joost).

66 Het arrest van Baby Kelly komt in de buurt, zie HR 18 maart 2005, *NJ* 2006, 606, met nt. J.B.M. Vranken (Baby Kelly), door een belang van de partner van de vrouwelijke patiënt aan te nemen wanneer een zwangerschap door een tekortkoming van de hulpverlener ten onrechte niet is afgebroken. Schending van het recht om met de vrouw een gezin in te richten is onrechtmatig jegens de vader. De vader heeft dan ook een

De problematiek van de positie van de wettelijk vertegenwoordiger als het gaat om verhaal van schade dat de reikwijdte van artikel 6:107 BW overstijgt, kwam aan de orde in het arrest dat bekend staat als het ‘Baby Joost’ arrest. De destijds vier maanden oude baby Joost werd geopereerd aan een liesbreuk. Door een onvolkomenheid bij de uitvoering van de operatie liep Joost een ernstige hersenbeschadiging op. Als gevolg daarvan is hij spastisch geworden en is zijn verstandelijke ontwikkeling zeer beperkt. Joost behoeft voortdurende verzorging. De schade van Joost werd afgewikkeld, maar wat resteerde was de schade van zijn ouders, voor zover niet vergoed ingevolge artikel 6:107 BW (artikel 1407 BW (oud)). De ouders stelden dat tussen hen en de arts evenzeer een geneeskundige behandelingsovereenkomst tot stand was gekomen, wat hun een recht gaf op vergoeding van hun materiële en immateriële schade. De Rechtbank Amsterdam volde de ouders hierin.⁶⁷ In hoger beroep werd het vonnis echter vernietigd.⁶⁸ In cassatie hield het arrest van het hof stand. De Hoge Raad overwoog onder rov. 3.5 als volgt: ‘De onderdelen 1b tot en met 1f (...) richten een aantal klachten tegen (...) het oordeel dat de ouders niet pro se met “verweerder 1 c.s.” hebben gecontracteerd. Uit hetgeen hiervoor onder 3.4 is overwogen, volgt in de eerste plaats dat het Hof niet in beginsel de mogelijkheid van contracteren door de ouders pro se heeft uitgesloten. Uit 3.4 volgt voorts dat het Hof evenmin miskent dat de vraag of de ouders voor zichzelf contracteren, moet worden beoordeeld op grond van de algemene regels over de totstandkoming van overeenkomsten. (...) Het Hof is ook niet uitgegaan van de veronderstelling dat ouders die hun minderjarig kind ter behandeling aan een arts aanbieden en dienaangaande met de arts een overeenkomst sluiten, geacht worden uitsluitend namens hun kind te handelen zolang niet blijkt dat óók een bijzondere prestatie ten behoeve van de ouders zelf is bedongen. Het Hof is klaarblijkelijk wel – en terecht – ervan uitgegaan dat in een geval als het onderhavige – waarin partijen zich bij het aangaan van de overeenkomst niet met zoveel woorden erover hebben uitgesproken of de ouders voor zichzelf dan wel in hun hoedanigheid van wettelijke vertegenwoordigers van hun kind, dan wel in beide hoedanigheden tegelijk optraden – de wederpartij(en) ervan mocht(en) uitgaan dat de ouders de overeenkomst, als wettelijke vertegenwoordigers van hun kind, uitsluitend in naam van dat kind sloten. Het Hof acht kennelijk onvoldoende feiten en omstandigheden gesteld, die de conclusie (zouden) rechtvaardigen dat de ouders de medische behandelingsovereenkomst mede

vorderingsrecht, waaraan artikel 6:107 BW niet in de weg staat. Zie nader hoofdstuk 4, par. 4.3.1.3 en hoofdstuk 7, par. 7.3.2.3 en 7.3.5.

67 Rechtbank Amsterdam 5 juli 1995, *Njkort* 1995, 35.

68 Gerechtshof Amsterdam 6 augustus 1998, *VR* 1998, 183.

voor zichzelf zijn aangegaan. (...) Subonderdeel 1f klaagt dat het Hof blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat het gegeven dat de ouders een eigen belang hadden bij correcte nakoming van de ten behoeve van Joost gesloten overeenkomst, van onvoldoende gewicht is om anders te oordelen over de vraag of de ouders slechts als wettelijke vertegenwoordigers van Joost een overeenkomst met “verweerder 1 c.s.” hebben gesloten. “Verweerder 1 c.s.” behoefden, naar ’s-Hofs oordeel, uit de aanwezigheid van dit eigen belang niet af te leiden dat de ouders (tevens) voor zichzelf een behandelings-overeenkomst wilden aangaan. Deze oordelen van het Hof geven niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting en zijn evenmin onbegrijpelijk dan wel onvoldoende gemotiveerd. De klacht faalt. Daarbij verdient aantekening dat de enkele aanwezigheid van zulk een eigen belang niet voldoende is om de ouders tot partij bij de overeenkomst te maken.

(...)

Onderdeel 3 is gericht tegen rov. 4.16, waarin het Hof heeft overwogen dat het aan de vordering uit onrechtmatig handelen ten grondslag gelegde beroep op artikel 8 EVRM moet worden verworpen omdat dit artikel niet strekt tot bescherming van het in dit verband door de ouders gestelde en beweerdelijk geschonden belang, te weten de integriteit van het gezinsleven. De rechtsklacht (3a) houdt kort gezegd in dat het Hof miskent dat een inbreuk op het “family life” van de ouders een aantasting van de persoon (van de ouders) kan opleveren en dat een dergelijke aantasting van de persoon een zelfstandige grond vormt voor toekenning van vergoeding van immateriële schade. Klacht 3b behelst, dat de motivering van het Hof geen sluitende weerlegging vormt van de desbetreffende stellingen van de ouders.

De hiervoor weergegeven overweging van het Hof geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting omtrent hetgeen in artikel 8 lid 1 EVRM is bepaald. Het daarin vervatte oordeel is niet onbegrijpelijk en behoefde geen nadere motivering. Daarop stuit onderdeel 3 geheel af.⁶⁹

Uit de jurisprudentie van de Hoge Raad blijkt echter ook dat het niet ondenkbaar is dat de bescherming die van een contractuele verplichting uitgaat, zich uitstrekt tot een niet bij die overeenkomst betrokken partij. Zo is geoordeeld

⁶⁹ HR 8 september 2000, *NJ* 2000, 734, met nt. A.R. Bloembergen (Baby Joost). Zie ook HR 11 maart 1977, *NJ* 1977, 521, met nt. G.J. Scholten. Zie voor andere voorbeelden waarin geen overeenkomst met de vertegenwoordiger tot stand kwam Rechtbank Groningen 4 juni 2009, *LJN* BM1623 en Rechtbank Assen 29 juni 2010, *LJN* BN1335. Vergelijk voorts HR 18 maart 2005, *NJ* 2006, 606, met nt. J.B.M. Vranken (Baby Kelly), rov. 4.12. Zie anders (moeder sluit een overeenkomst mede ten behoeve van haar ongeboren kind) Gerechtshof Amsterdam 4 november 2004, *TvGr* 2005, nr. 9.

dat een tekortkoming ten aanzien van een vrouwelijke patiënt die tot gevolg heeft dat zij wordt gefrustreerd in haar beslissing tot afbreking van de zwangerschap tevens onrechtmatig is tegenover de partner van de patiënt.⁷⁰ Bij de beslissing van de vrouw zijn immers ook de belangen van de partner (vader van het kind) ten nauwste betrokken, omdat door de geboorte van een kind een familierechtelijke betrekking ontstaat en ‘family life’ in de zin van artikel 8 EVRM,⁷¹ alsmede een verplichting voor de ouders het kind levensonderhoud te verstrekken, terwijl de ouders tevens in meer algemene zin de verantwoordelijkheid voor de verzorging en opvoeding van het kind dragen en daartoe het gezag over hem uitoefenen. Hoewel deze situatie niet een op een toegepast kan worden op de situatie waarin de wettelijk vertegenwoordiger lijdt – de partner is direct betrokken bij de keuze om het gezin wel of niet uit te breiden met een kind en lijdt dus direct schade als die keuzemogelijkheid wordt doorkruist – vertonen de situaties aardig wat overeenkomsten.

Dat de (wettelijk) vertegenwoordiger geen partij wordt bij de behandelingsovereenkomst, neemt niet weg dat ingevolge artikel 7:465, eerste, tweede en derde lid, BW de verplichtingen door de hulpverlener moeten worden nagekomen jegens de (wettelijk) vertegenwoordiger, in al die gevallen waarin de minderjarige nog geen twaalf jaar oud is of wilsonbekwaam is,⁷² en/of in die gevallen waarin de meerderjarige patiënt wilsonbekwaam is. Dienen zich meerdere mogelijke vertegenwoordigers aan (bijvoorbeeld een levensgezel en een echtgenoot of meerdere kinderen), dan moet de hulpverlener een keuze maken.⁷³ Bij zijn keuze zal de hulpverlener primair moeten letten op de relatie die de desbetreffende vertegenwoordigers feitelijk met de patiënt hebben; het gaat er immers om of de gekozen vertegenwoordiger geacht kan worden de wil van de patiënt tot uitdrukking te brengen.⁷⁴ Nakoming tegenover de gekozen vertegenwoordiger betekent overigens niet dat de hulpverlener geen acht zou mogen slaan op wilsuïtingen van andere familieleden. Een conflict tussen de verschillende opvattingen zou zelfs aan de meningsvorming van de hulpverlener een relevante bijdrage kunnen leveren.⁷⁵

Artikel 7:465, vijfde lid, BW, stelt de eis dat de vertegenwoordiger de zorg van een goed vertegenwoordiger betracht en de patiënt zoveel mogelijk bij de vervulling van zijn taak

70 HR 18 maart 2005, NJ 2006, 606, met nt. J.B.M. Vranken (Baby Kelly), rov. 4.2.

71 Indien een kind binnen een wettig huwelijk is geboren.

72 Voor de minderjarige die wel al twaalf jaar oud is en wilsbekwaam is, maar nog geen zestien jaar oud is, geldt artikel 7:465 BW niet, maar zijn verspreid in de wet afwijkende bepalingen opgenomen, zie nader par. 3.2.6.

73 Kamerstukken II 1991/92, 21561, nr. 11, p. 38-39 (Nadere MvA).

74 Kamerstukken II 1991/92, 21561, nr. 11, p. 38-39 (Nadere MvA).

75 Kamerstukken II 1991/92, 21561, nr. 11, p. 38-39 (Nadere MvA).

als vertegenwoordiger betreft.⁷⁶ De achtergrond van deze bepaling is gelegen in het scheppen van verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid van de vertegenwoordiger enerzijds en de plicht om de patiënt te betrekken bij de beslissingen anderzijds.⁷⁷ De wens van de patiënt is leidend.⁷⁸ De vertegenwoordiger zal bijvoorbeeld een schriftelijke wilsverklaring van de patiënt, inhoudende een weigering van toestemming voor medische handelingen (een negatieve wilsverklaring, bijvoorbeeld een non-reanimatieverklaring) moeten respecteren.⁷⁹ Hetzelfde geldt voor andere hoogstpersoonlijke beslissingen, zoals euthanasie (de positieve wilsverklaring) en sterilisatie.⁸⁰ Is onvoldoende kenbaar wat de wens van de patiënt is, dan zal als uitgangspunt hebben te gelden wat redelijke patiënten in soortgelijke omstandigheden willen en wat in soortgelijke zaken gebruikelijk is. Bestaat er een meningsverschil tussen de vertegenwoordiger en de patiënt, dan prevaleert de wens van de patiënt (in overeenstemming met diens zelfbeschikkingsrecht), zij het dat de patiënt in staat moet zijn tot het vormen van een deugdelijke mening.⁸¹ Bovendien kan de hulpverlener het besluit nemen om de verplichtingen niet jegens de vertegenwoordiger na te komen wanneer die nakoming niet verenigbaar is met de zorg van een goed hulpverlener (neergelegd in artikel 7:453 BW⁸²), zo volgt uit artikel 7:465, vierde lid, BW.⁸³ De achtergrond voor deze bepaling is gelegen in de vrees voor de situatie waarin de vertegenwoordiger niet het

76 In Boek 1 van het BW is min of meer hetzelfde bepaald in de artikelen betreffende curatele en mentorschap: zie artikel 1:381, vierde lid, BW juncto artikel 1:453, tweede lid, BW (curator) en artikel 1:453, tweede lid, BW (mentor). Zie ook artikel 1:453, derde en vierde lid, BW. Zie voor het 'goed mentorschap' ook Kamerstukken II 1991/92, 22474, nr. 3, p. 12-13 (MvT).

77 B. Sluijters en M.C.I.H. Biesart, *De geneeskundige behandelingsovereenkomst*, Deventer: Kluwer, tweede druk, 2005, p. 157.

78 Kamerstukken II 1991/92, 21561, nr. 11, p. 38 (Nadere MvA). Zie voor kritiek op de Nederlandse wetgeving J.C.J. Dute en J.K.M. Gevers, 'Wilsonbekwaamheid en vertegenwoordiging', *TvGr* 2012, nr. 5, p. 380-389.

79 Artikel 7:450, derde lid, BW ziet niet op de positieve wilsverklaring, zoals een euthanasieverklaring. Zie op dit punt ook C.P.M. Akerboom e.a., *Thematische Wetsevaluatie wilsonbekwaamheid en vertegenwoordiging*, Den Haag: Zonmw 2011, p. 35. Zie voorts A.B. van Lomwel en E. van Veen, *De WGBO-De betekenis voor de hulpverleners in de gezondheidszorg*, Lelystad: Koninklijke Vermande 1996, p. 118-119.

80 Zie voor euthanasie Kamerstukken II 1990/91, 21561, nr. 6, p. 54 (MvA). Zie voor sterilisatie B. Sluijters en M.C.H.I. Biesart, *De geneeskundige behandelingsovereenkomst*, Deventer: Kluwer, tweede druk, 2005, p. 152, met verwijzing naar andere literatuur. Zie ook KNMG, *Eindrapport Implementatie van de WGBO – van wet naar praktijk*, Deel I, Utrecht: KNMG 2004, p. 107. Zie daarentegen voor een beslissende stem van de curator of mentor in geval van sterilisatie Kamerstukken II 1991/92, 22474, nr. 3, p. 10-11 en 25-26 (MvT).

81 Kamerstukken II 1991/92, 21561, nr. 11, p. 38 (Nadere MvA) en H.J.J. Leenen, J.K.M. Gevers en J. Legemaate, *Handboek gezondheidsrecht*, Deel I, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, vijfde geheel herziene druk, 2011, p. 216.

82 Zie nader hoofdstuk 4, par. 4.2.1.2.

83 Kamerstukken II 1991/92, 21561, nr. 11, p. 36 (Nadere MvA). Dezelfde uitzondering is opgenomen in artikel 7:457, derde lid, BW en artikel 7:459, derde lid, BW. Deze bepalingen lijken strikt genomen overbodig, gezien artikel 7:465, vierde lid, BW. Zie in die zin ook C.P.M. Akerboom e.a., *Thematische Wetsevaluatie wilsonbekwaamheid en vertegenwoordiging*, Den Haag: Zonmw 2011, p. 44.

belang van de patiënt voor ogen heeft, maar met name diens eigen belang.⁸⁴ Niet in elk geval echter prevaleert het goed hulpverlenerschap: het moet gaan om uitzonderlijke gevallen waarin de vertegenwoordiger *kennelijk* niet in het belang van de patiënt optreedt.⁸⁵ Voorts zal, ondanks de toestemming van de vertegenwoordiger, in het geval van verzet van de patiënt tegen een verrichting van ingrijpende aard,⁸⁶ de verrichting slechts (onder dwang) mogen worden uitgevoerd, indien zij *kennelijk* nodig is teneinde ernstig nadeel voor de patiënt te voorkomen.⁸⁷ Dit is bepaald in artikel 7:465, zesde lid, BW.⁸⁸ Aangenomen wordt aldus dat dwangbehandeling en beschermende maatregelen, zoals het toedienen van medicatie respectievelijk fixatie van de patiënt, alleen is toegestaan, wanneer er naast de toestemming van de vertegenwoordiger de noodzaak bestaat om gevaar voor de patiënt af te wenden.⁸⁹

3.2.3 De opdrachtnemer

Ingevolge artikel 7:446, eerste lid, BW verbindt de *hulpverlener* zich tegenover de patiënt tot het verrichten van handelingen op het gebied van de geneeskunst. De hulpverlener kan een natuurlijk persoon zijn of een rechtspersoon, oftewel een arts of een ziekenhuis, dan wel een andere zorginstelling (hierna wordt alleen de term ziekenhuis gebruikt). Samen-

84 Kamerstukken II 1989/90 21561, nr. 3, p. 48 (MvT); Kamerstukken II 1991/92, 21561 nr. 11, p. 36 (Nadere MvA) en Kamerstukken II 1992/93, 21561, nr. 15, p. 29 (Nota naar aanleiding van het eindverslag).

85 Kamerstukken II 1991/92, 21561 nr. 11, p. 36 (Nadere MvA). Zie hierover ook C.P.M. Akerboom e.a., Thematische Wetsevaluatie wilsonbekwaamheid en vertegenwoordiging, Den Haag: Zonmw 2011, p. 48.

86 Verzet is doorgaans te kennen uit feitelijk gedrag van de betrokkene, zowel verbaal als non-verbaal: J. Legemaate, 'De verhouding tussen de WGBO en de Wet BOPZ', *TvGr* 2004, nr. 7, p. 441-448. Verzet moet voldoen aan eisen van consistentie en persistentie, aldus C.P.M. Akerboom e.a., Thematische Wetsevaluatie wilsonbekwaamheid en vertegenwoordiging, Den Haag: Zonmw 2011, p. 69. Als voorbeeld van een verrichting van ingrijpende aard wordt genoemd het toedienen van medicatie met ernstige bijwerkingen, Kamerstukken II 1993/94, 21561, nr. 28 (Amendement van het lid Kohnstamm). Zie over dit onderwerp nader C.P.M. Akerboom e.a., Thematische Wetsevaluatie wilsonbekwaamheid en vertegenwoordiging, Den Haag: Zonmw 2011, p. 67-69.

87 Voorkomen van ernstig nadeel is het afwenden van ernstige gevolgen voor diens gezondheidssituatie en/of toekomstige kwaliteit van het leven, aldus C.P.M. Akerboom e.a., Thematische Wetsevaluatie wilsonbekwaamheid en vertegenwoordiging, Den Haag: Zonmw 2011, p. 69 met verwijzing naar andere literatuur. Zie over dwang bij kinderen V.E.T. Dörenberg, 'Dwangbehandeling in de kinder- en jeugdpsychiatrie', *TvGr* 2007, nr. 1, p. 14-27.

88 Kamerstukken II 1993/94, 21561 nr. 28 (Amendement van het lid Kohnstamm), vervangen door nr. 43. Zie ook J.C.J. Dute en J.K.M. Gevers, 'Wilsonbekwaamheid en vertegenwoordiging', *TvGr* 2012, nr. 5, p. 380-389. Dezelfde tekst is terug te vinden in artikel 1:381, vijfde lid, BW juncto 1:453, vijfde lid, BW.

89 Zie voor een voorbeeld Rechtbank Arnhem 1 september 2011, *LJN* BU3975. Zie voor een verschil tussen de dwangbehandeling in het kader van Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW en de maatregelen in het kader van de Wet BOPZ A.B. Lomwel en E. van Veen, De WGBO-De betekenis voor de hulpverleners in de gezondheidszorg, Lelystad: Koninklijke Vermande 1996 p. 127-131; B. Sluijters en M.C.H.I. Biesart, De geneeskundige behandelingsovereenkomst, Deventer: Kluwer, tweede druk, 2005, p. 158-159 en J. Legemaate, 'De verhouding tussen de WGBO en de Wet Bopz', *TvGr* 2004, nr. 7, p. 441-448.

werkingsvormen die niet als rechtspersoon worden aangemerkt, een maatschap bijvoorbeeld, vallen buiten het begrip.⁹⁰

In de literatuur wordt aangenomen dat bij een openbare maatschap tot gezamenlijke beroepsuitoefening de gezamenlijke maten de opdacht aannemen, tenzij er aanwijzingen zijn dat de overeenkomst met een bepaalde persoon is gesloten.⁹¹

De hulpverlener, wil hij als zodanig worden aangemerkt, moet bovendien de geneeskundige handelingen verrichten *in het kader van zijn geneeskundig beroep of bedrijf*.⁹² De omstandigheden van het geval zijn bepalend voor het antwoord op de vraag of daarvan in een concreet geval sprake is. Het min of meer regelmatig verrichten van geneeskundige handelingen, het zich naar buiten toe kenbaar maken als beroepsbeoefenaar en het bedingen en verkrijgen van betaling voor de verrichte handelingen zijn daarvoor aanwijzingen.⁹³

Een arts wordt als hulpverlener in de zin van deze wettelijke regeling beschouwd, indien hij als *zelfstandige* de praktijk uitoefent, dus anders dan in (loon)dienst van een (rechts)persoon.⁹⁴ Onder de zelfstandig werkzame hulpverleners vallen alle zelfstandig handelende artsen, tandartsen, verloskundigen, psychotherapeuten en paramedici.⁹⁵ Ook vallen daaronder personen die (anders dan als arts) alternatieve geneeswijzen beoefenen.⁹⁶

90 Zie in die zin ook Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* 2009, nr. 396.

91 Zie Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* 2009, nr. 78 en 396. Indien een overeenkomst wordt gesloten met een maatschap, dan zijn de individuele maten jegens de patiënt persoonlijk aansprakelijk voor de nakoming van daaruit voortvloeiende verplichtingen van de maatschap, zie ook HR 15 maart 2013, *LJN* BY7840 (advocatenmaatschap). Voorts is artikel 7:407, tweede lid, BW van toepassing: ieder van de maten is voor het geheel aansprakelijk, tenzij de tekortkoming niet aan hem kan worden toegerekend. Zie voor een tuchtrechtelijke casus waarin de maatschap als zodanig verantwoordelijkheden jegens de patiënt werden toegedicht CTG 4 maart 2004, *TvGr* 2004, nr. 30. Doorgaans zal de individuele arts als opdrachtnemer worden gezien en ligt bij hem ook de aansprakelijkheid voor een normschending, dan wel bij het ziekenhuis als centraal adres, zie nader hoofdstuk 4. Aansprakelijkheid van de maatschap is mijns inziens daarom van theoretische aard. Uitspraken op dit punt zijn mij niet bekend.

92 Het woord 'geneeskundig' is bij Nota van wijziging in de wettekst opgenomen, Kamerstukken II 1990/91, 21561, nr. 7.

93 Kamerstukken II 1989/90, 21561, nr. 3, p. 27 (MvT).

94 Kamerstukken II 1989/90, 21561, nr. 3, p. 27 (MvT). Zie voor een voorbeeld Rechtbank Rotterdam 14 april 2010, *LJN* BN7297, rov. 4.12. Zie over de toelatingsovereenkomst ook P.L. Meurs e.a. (Commissie Inkomens Medisch Specialisten), *Gezond belonen, beleidsopties voor de inkomens van medisch specialisten*, 2012, p. 11.

95 Zie de Wet BIG voor een omschrijving van het begrip arts en het dragen van de titel 'arts', 'tandarts', 'gezondheidszorgpsycholoog', 'psychotherapeut', 'fysiotherapeut', 'verloskundige' en 'verpleegkundige'. Zie nader over de vrijgevestigde specialisten (fiscaal ondernemers, in totaal bijna 6.800 fte) P.L. Meurs e.a. (Commissie Inkomens Medisch Specialisten), *Gezond belonen, beleidsopties voor de inkomens van medisch specialisten*, 2012, p. 10.

96 Kamerstukken II 1989/90, 21561, nr. 3, p. 27 (MvT).

Oefent de arts als zelfstandige zijn beroep uit in een ziekenhuis – dit gebeurt veelal op basis van een toelatingsovereenkomst en wordt aangeduid met de term ‘*arts out* situatie’ –⁹⁷ dan is en blijft de arts evenzeer in termen van Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW de hulpverlener en is hij partij bij de overeenkomst.

De zelfstandig handelend arts kan bij de uitvoering van de geneeskundige behandeling gebruik maken van andere artsen (van andere disciplines of een andere arts uit dezelfde maatschap waartoe ook de arts behoort) of van bijvoorbeeld een dokters-, of tandartsassistent. Het is mogelijk dat de patiënt een zelfstandige overeenkomst sluit met de betrokken derde – bijvoorbeeld met de medisch-specialist van een andere discipline of met een collega uit dezelfde maatschap –⁹⁸, maar een optie is ook dat de betrokken derde hulppersoon van de hulpverlener is, zoals de doktersassistent.⁹⁹ Is het onduidelijk met wie werd gecontracteerd, dan zal doorslaggevend zijn hetgeen hulpverlener en patiënt over en weer hebben verklaard en uit elkaars gedragingen hebben afgeleid en in de gegeven omstandigheden hebben mogen afleiden.¹⁰⁰

De gewekte schijn dat er een contract was met alleen de tandarts en niet ook met de tandtechnicus werd door de Rechtbank Arnhem bijvoorbeeld afgeleid uit het feit dat het zwaartepunt van de tandheeskundige behandeling bij de tandarts lag, dat de tandtechnische behandeling in de praktijk van de tandarts werd verricht en dat directe facturering door de tandtechnicus aan de patiënt ontbrak.¹⁰¹ De tandtechnicus werd als hulppersoon aangemerkt.

De zelfstandig handelend arts kan ook gebruik maken van een waarnemer die tijdelijk in plaats van de arts de geneeskundige behandeling bij de patiënt verricht. De waarnemend arts kan als hulppersoon van de waargenomen arts worden gezien, maar mogelijk is ook dat de waarnemend arts zelf een behandelingsovereenkomst met de patiënt sluit. Of in het voorliggende geval de patiënt geacht wordt een nieuwe overeenkomst met de waarnemend arts te hebben gesloten, moet worden beoordeeld aan de hand van de omstandigheden

97 Dit is het geval in ongeveer 75% van de situaties, Ph.S. Kahn, *De juridische relatie ziekenhuis – medisch specialist en kwaliteit van zorg*, Lelystad: Koninklijke Vermande 2001, p. 39. Zie uitvoeriger over de toelatingsovereenkomst en het Model Toelatingsovereenkomst S.J. van IJsendoorn en I.J. de Laat, ‘De bijzondere positie van de medisch specialist’, *Arbeidsrecht* 2009/11.

98 In de literatuur wordt aangenomen dat de gezamenlijke maten opdrachtnemer zijn ingevolge artikel 7:407, tweede lid, BW, aldus Asser/Tjong Tjai Tin 7-IV* 2009, nr. 396.

99 Hulppersoon in de zin van artikel 6:76 BW. Zie nader over dit onderwerp hoofdstuk 4, par. 4.2.3.3.

100 HR 11 maart 1977, NJ 1977, 521, met nt. G.J. Scholten en HR 8 september 2000, NJ 2000, 734, met nt. A.R. Bloembergen (Baby Joost).

101 Rechtbank Arnhem 3 februari 2010, LJN BL4385.

van het geval en hetgeen partijen over en weer hebben verklaard en uit elkaars gedragingen hebben afgeleid en in de gegeven omstandigheden hebben mogen afleiden.¹⁰²

Uit de rechtspraak van de Hoge Raad kan worden opgemaakt dat daarbij de duur van de waarneming een rol speelt. Andere factoren die worden genoemd zijn de plaats waar de behandeling plaatsvindt (bij de waargenomen arts of in de praktijk van de waarnemend arts), de mededelingen die aan de patiënt zijn gedaan en de tenaamstelling van de rekening.¹⁰³

Is de arts in loondienst van een ziekenhuis en oefent hij zijn werkzaamheden in die dienst uit, dan wordt gesproken van een '*arts in situatie*'.¹⁰⁴ Niet de arts, maar het ziekenhuis is dan hulpverlener in termen van Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW. De overeenkomst inzake de geneeskundige behandeling wordt gesloten tussen de patiënt en het ziekenhuis.¹⁰⁵ De arts wordt op zijn beurt als hulppersoon van het ziekenhuis aangemerkt.¹⁰⁶

Tijdens de parlementaire behandeling is de vraag opgeworpen of het niet gewenst zou zijn dat artsen in dienstverband zelfstandig overeenkomsten sluiten met de patiënt. Dit niet doen zou onverenigbaar kunnen zijn met de eigen verantwoordelijkheid van de arts voor zijn medisch handelen. Afgezien van het feit dat een dergelijke constructie de helderheid van de verhoudingen niet ten goede zou komen, is gemeend dat de verantwoordelijkheid van de arts voor de inhoud van zijn medisch handelen niet wordt gewijzigd door diens arbeidsrechtelijke positie.¹⁰⁷ Hoewel dit op zich juist is, wordt wel opgemerkt dat de arbeidsrechtelijke positie van belang is voor de vraag op welke grondslag de arts moet worden aangesproken voor verhaal van schade (artikel 6:74 BW of artikel 6:162 BW), hetgeen nog nader wordt uitgewerkt.¹⁰⁸

102 HR 11 maart 1977, *NJ* 1977, 521 en HR 8 september 2000, *NJ* 2000, 734, met nt. A.R. Bloembergen (Baby Joost).

103 HR 10 januari 1997, *NJ* 1998, 544, met nt. C.J.H. Brunner. Op situaties van waarneming wordt nader ingegaan in hoofdstuk 4, par. 4.2.3.3.

104 Dit kan zijn op basis van een ambtelijke aanstelling (gebruikt door academische ziekenhuizen) of op basis van een arbeidsovereenkomst. Zie nader over specialisten in loondienst (5.900 fte) P.L. Meurs e.a. (Commissie Inkomens Medisch Specialisten), Gezond belonen, beleidsopties voor de inkomens van medisch specialisten, 2012, p. 10.

105 Kamerstukken II 1989/90, 21561, nr. 3, p. 27 (MvT). Zie ook Gerechtshof's-Hertogenbosch 30 oktober 2001, *KG* 2002, 6.

106 Hulppersoon in de zin van artikel 6:76 BW. Zie nader hoofdstuk 4, par. 4.2.3.3.

107 Kamerstukken II 1991/92, 21561, nr. 11, p. 40 (Nadere MvA).

108 Zie hoofdstuk 4, par. 4.2, 4.3 en 4.4 voor de grondslagen voor aansprakelijkheid.

Ook indien door de feitelijke omstandigheden de schijn wordt gewekt dat de hulpverlenende rechtspersoon de medische behandeling op zich heeft genomen in plaats van de individuele arts, wordt de rechtspersoon als contractspartij aangemerkt en de arts als hulppersoon van het ziekenhuis.

Gewekte schijn werd door het Gerechtshof 's-Hertogenbosch bijvoorbeeld afgeleid uit het feit dat op de, bij de intake gebruikte, ponskaart de naam van het ziekenhuis was vermeld en dat de ponskaart op verschillende afdelingen van het ziekenhuis werd gebruikt. Voorts achtte het hof van belang dat de patiënte door verschillende personen, in verschillende hoedanigheden (artsen, verplegers, personeel gipskamer, administratie) was behandeld en te woord was gestaan. Niet was gesteld dat aan de patiënte ten tijde van de intake en aanvang van de behandeling duidelijk was verklaard dat de orthopedisch chirurg haar behandelend specialist zou zijn, noch wat de relatie was met, of de identiteit van de andere betrokken behandelaars.¹⁰⁹

Het feit dat de rechtspersoon contractspartij is, neemt niet weg dat de natuurlijke persoon – de arts, de medisch specialist –, feitelijk de verplichtingen uit de geneeskundige behandelingsovereenkomst ten opzichte van de patiënt vervult. De organen van de rechtspersoon zullen echter aan het personeel ter zake de nodige instructies moeten geven en moeten toezien op de naleving van de verplichtingen. De hulpverlenende rechtspersoon dient er dan ook op bedacht te zijn dat haar verantwoordelijkheid zich niet beperkt tot eigen handelen, maar tevens ziet op het handelen van de hulpverlenende hulppersoon.¹¹⁰ Daarbij verdient opmerking dat niet alleen de behandelend arts als hulppersoon wordt aangemerkt, maar onder omstandigheden ook een door de rechtspersoon ingeschakeld (bijvoorbeeld in het buitenland gelegen) ziekenhuis.

Een voorbeeld van een casus waarin een ander ziekenhuis als hulppersoon werd aangemerkt lag ter beoordeling voor aan de Rechtbank Maastricht. De patiënt in kwestie stond onder behandeling van een Nederlands ziekenhuis, maar op een gegeven moment werd de patiënt in verband met plaatsgebrek overgebracht naar een Duitse kliniek. De benodigde operatie werd vervolgens uitgevoerd in de Duitse kliniek met medewerking van de artsen van het

¹⁰⁹ Gerechtshof 's-Hertogenbosch 23 september 2002, *LJN* AS3056. Zie voor een voorbeeld van gewekte schijn ook Rechtbank 's-Gravenhage 12 juli 2000, *VR* 2001, 20. Zie voor twee andere voorbeelden van zaken waarin niet de Nederlandse arts, maar de Belgische kliniek als contractspartij werd aangemerkt Rechtbank Rotterdam 23 januari 2013, *LJN* BZ2365 en Rechtbank Rotterdam 23 januari 2013, *LJN* BZ2397. Vreemd, en mijns inziens onjuist, in deze zaken is dat voorbij wordt gegaan aan het feit dat de Nederlandse arts als zelfstandige werkte.

¹¹⁰ Zie nader over de aansprakelijkheid van het ziekenhuis (de rechtspersoon) hoofdstuk 4, par. 4.2 en 4.3.

Nederlandse ziekenhuis. De patiënt liep bij de operatie schade op waarvoor hij het Nederlandse ziekenhuis aansprak. Het ziekenhuis verweerde zich met de stelling dat de patiënt de Duitse kliniek moest aanspreken, omdat er op het moment van verwijzen een behandelingsovereenkomst tot stand was gekomen met de Duitse kliniek. Het ziekenhuis werd in het ongelijk gesteld. De rechtbank stelde daartoe voorop dat nu bij het Nederlandse ziekenhuis de artsen in loondienst waren, de patiënt in kwestie een behandelingsovereenkomst had gesloten met het ziekenhuis. Deze behandelingsovereenkomst beheerste de rechtsverhouding tussen het ziekenhuis en de patiënt voor wat betreft alle onder verantwoordelijkheid van het ziekenhuis uitgevoerde medische verrichtingen. Het ziekenhuis was daarbij niet alleen verbonden ten aanzien van alle handelingen die rechtstreeks binnen haar verantwoordelijkheid plaatsvonden, maar ook voor handelingen van buiten het ziekenhuis werkzame geneeskundige personen of instanties, die daartoe door het ziekenhuis als hulppersoon werden ingeschakeld, aldus de rechtbank. De contractuele relatie kon het Nederlandse ziekenhuis volgens de rechtbank niet eenzijdig wijzigen en zijn betoog dat er op het moment van verwijzing een nieuwe behandelingsovereenkomst was gesloten met de Duitse kliniek ging niet op. Het enkele feit dat de operatie elders plaatsvond, bracht als zodanig geen wijziging in het contract teweeg. Een afspraak tussen het Nederlandse ziekenhuis en de Duitse kliniek inzake de doorverwijzing, bracht evenmin een zodanige wijziging tot stand. Ook de omstandigheid dat de operatie niet onder leiding van de eigen arts plaatsvond, maar onder leiding van een bij de Duitse kliniek werkzame arts, was niet van belang, aldus de Rechtbank.¹¹¹

In de praktijk doet zich vaak de situatie voor dat bij de behandeling van één patiënt door deze meerdere behandelingsovereenkomsten worden gesloten: één met het ziekenhuis ter zake verpleging, verzorging – de ‘aanpalende’ handelingen als bedoeld in artikel 7:446, derde lid, BW – en één met de arts die niet in dienst is van dat ziekenhuis ter zake de handelingen als bedoeld in artikel 7:446, tweede lid, BW.¹¹² In dat geval dient de patiënt erop bedacht te zijn dat beide hulpverleners alleen in hun eigen verplichtingen kunnen tekortschieten en daarvoor ingevolge de contractuele grondslag aansprakelijk kunnen zijn.¹¹³ Het betekent ook dat beide hulverleners verplichtingen hebben ten opzichte van de patiënt.¹¹⁴

111 Rechtbank Maastricht 19 september 2007, *LJN* BB3949. Zie voorts (niet-medisch) HR 8 januari 2010, *NJ* 2010, 43.

112 Zie in die zin ook Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* 2009, nr. 402.

113 Zie voor de uitwerking van de contractuele grondslag voor aansprakelijkheid hoofdstuk 4, par. 4.2.

114 Zie voor de dossierplicht bijvoorbeeld HR 25 mei 2012, *NJ* 2012, 566, met nt. J. Legemaate.

Terzijde wordt gewezen op de ontwikkeling dat arbeidsverhoudingen niet meer eenvoudig onder de traditionele noemer 'loondienst' of 'vrijgevestigd' zijn te scharen. Bijna 20% van de specialisten bijvoorbeeld is zowel in loondienst werkzaam als vrijgevestigd.¹¹⁵ In zo een geval dient dus te worden beoordeeld of de behandeling van de patiënt in de hoedanigheid van werknemer werd verricht of in de hoedanigheid van vrijgevestigde.

3.2.4 *De totstandkoming van de behandelingsovereenkomst*

Het enkele feit dat een hulpverlener bij een patiënt handelingen op het gebied van de geneeskunst verricht, brengt niet noodzakelijkerwijs met zich dat er een behandelingsovereenkomst tot stand komt of is gekomen. Óf in het voorliggende geval een overeenkomst tot stand komt, dient, net als bij elke andere overeenkomst, te worden bepaald aan de hand van de algemene bepalingen betreffende rechtshandelingen en overeenkomsten, neergelegd in Boek 3, titel 2, BW respectievelijk Boek 6, titel 5, BW.¹¹⁶

Voor het tot stand komen van een overeenkomst is ingevolge artikel 6:217 BW aanbod en aanvaarding vereist. Aanbod en aanvaarding op hun beurt vereisen een door middel van een verklaring geuite wil, aldus artikel 3:33 BW. Ingevolge artikel 3:37, eerste lid, BW, kan het aanbod in beginsel in elke vorm geschieden en besloten liggen in gedragingen. Ook de aanvaarding kan in beginsel in elke vorm geschieden.¹¹⁷ Zo wordt in het algemeen aangenomen dat indien een patiënt (of zijn (wettelijk) vertegenwoordiger namens hem) zich tot een hulpverlener wendt met een vraag om advies betreffende zijn gezondheidstoestand en de hulpverlener overgaat tot advisering of onderzoek van de patiënt, de behandelingsovereenkomst tot stand komt.¹¹⁸

De Koninklijke Nederlandsche Maatschappij tot bevordering der Geneeskunst (KNMG) adviseert artsen om in geval van twijfel in het belang van de patiënt uit te gaan van het bestaan van een behandelingsovereenkomst.¹¹⁹ Wendt de

115 P.L. Meurs e.a. (Commissie Inkomens Medisch Specialisten), Gezond belonen, beleidsopties voor de inkomens van medisch specialisten, 2012, p. 10.

116 Zie hierover ook T. Hartlief, 'Wat is de norm in het medisch aansprakelijkheidsrecht?', AA 60 (2011), 7/8, p. 504-511.

117 Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* 2009, nr. 400.

118 A.B. van Lomwel en E. van Veen, De WGBO, de betekenis voor de hulpverleners in de gezondheidszorg, Lelystad: Koninklijke Vermande 1996, p. 21. Zie voor een voorbeeld van de totstandkoming van de geneeskundige behandelingsovereenkomst bij opname en observatie van de patiënt RTG Eindhoven 18 januari 2010, zaaknr. 0985.

119 KNMG, Richtlijn Niet-aangaan of beëindiging van de geneeskundige behandelingsovereenkomst, 2005, p. 4. Zie ook de Modelregeling arts-patiënt 1998, opgesteld door de NP/CF en de KNMG.

patiënt zich tot de Spoedeisende Hulp van een ziekenhuis, dan is volgens de KNMG van aanbod en aanvaarding reeds sprake, indien de patiënt in de wachtkamer of wachtruimte van de afdeling Spoedeisende hulp op een afspraak met de hulpverlener wacht.¹²⁰

Tussen een huisarts en een patiënt kan een overeenkomst door aanbod en aanvaarding tot stand komen die nog geenszins tot behandeling strekt; arts en patiënt sluiten een slapende overeenkomst voor onbepaalde tijd, die 'tot leven komt' op het moment dat de patiënt zich met een concrete hulpvraag tot de huisarts wendt.¹²¹ Een dergelijke overeenkomst wordt in de literatuur ook wel een raamovereenkomst genoemd.¹²²

Het voorgaande brengt met zich dat een behandelingsovereenkomst in beginsel niet tot stand komt in die gevallen waarin het ontbreekt aan een door een verklaring geuite wil.¹²³ Het ontbreken van een door een verklaring geuite wil aan de zijde van de *patiënt* kan zich onder verschillende omstandigheden aandienen. Een voorbeeld van zo een situatie is die waarin de patiënt in bewusteloze of comateuze toestand het ziekenhuis wordt binnengebracht of de arts ter plaatse van een ongeval geneeskundige hulp moet verlenen aan een bewusteloze of comateuze patiënt. Een behandelingsovereenkomst met de bewusteloze patiënt kan bij gebreke van een daartoe door een verklaring geopenbaarde wil niet tot stand komen (behoudens de gevallen waarin een vertegenwoordiger namens de patiënt een overeenkomst inzake geneeskundige behandeling sluit).¹²⁴ Wanneer de arts hulp verleent, dan doet hij dat als zaakwaarnemer, zonder de bevoegdheid daartoe aan een rechtshandeling of een elders in de wet geregelde rechtsverhouding te ontleen.¹²⁵ Een andere situatie betreft die van de wilsonbekwame patiënt of geestelijk gehandicapte patiënt die niet in staat is om door middel van een verklaring zijn wil kenbaar te maken. Buiten de uitzondering van artikel 3:35 BW (en buiten de gevallen waarin een vertegenwoordiger de overeenkomst sluit), komt een overeenkomst niet tot stand. Een derde voorbeeld van een situatie waarin de totstandkoming van een overeenkomst kan worden verhinderd, betreft die waarin de patiënt door middel van een schriftelijke verklaring, zoals een non-

120 KNMG, Richtlijn Niet-aangaan of beëindiging van de geneeskundige behandelingsovereenkomst, 2005, p. 4.

121 KNMG, Modelregeling arts-patiënt, 1998, artikel 3, eerste lid.

122 I.S.J. Houben, Contractdwang (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2005, p. 140.

123 Zie in die zin ook Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* 2009, nr. 401 en 411. Zie voor de wilsvertrouwensleer artikel 3:33-3:35 BW; de bewoording is dus niet doorslaggevend.

124 Kamerstukken II 1989/90, 21561, nr. 3, p. 46 (MvT) en Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* 2009, nr. 401, 411 en 460.

125 Zaakwaarneming ingevolge artikel 6:198 BW, zie par. 3.2.2. Zie in die zin ook Kamerstukken II 1990/91, 21561, nr. 6, p. 54 en 71 (MvA). Zie voorts B. Sluijters en M.C.H.I. Biesart, De geneeskundige behandelingsovereenkomst, Deventer: Kluwer, tweede druk, 2005, p. 154 en B. Sluijters, 'De Geneeskundige behandelingsovereenkomst', *WPNR* 1990/5982, p. 761-768.

reanimatieverklaring,¹²⁶ heeft aangegeven geen geneeskundige hulp te willen.¹²⁷ Het is aan de patiënt om zijn wil daartoe in de verklaring voldoende duidelijk te maken. Een hulpverlener zal, in geval van onduidelijkheid, de rechtsgeldigheid van een behandelverbod moeten onderzoeken.¹²⁸

Ook aan de zijde van de *hulpverlener* kan een door een verklaring geopenbaarde wil om een behandelingsovereenkomst aan te gaan ontbreken, al zal de aanvaardbaarheid van een dergelijke verklaring beperkt blijven tot uitzonderingssituaties;¹²⁹ artsen zijn in beginsel verplicht met de patiënt een behandelingsovereenkomst te sluiten. In de literatuur wordt ook wel gesproken van een ‘indirecte contractdwang’.¹³⁰ De verplichting hangt samen met het feit dat de hulpverlener in beginsel – in elk geval in noodsituaties – een behandelplicht heeft.¹³¹ Overigens dient de behandelplicht van de totstandkoming van de behandelingsovereenkomst te worden onderscheiden. Zo kan een behandelingsovereenkomst zijn gesloten en zich vervolgens een situatie aandienen waarin de hulpverlener de patiënt niet wil behandelen.¹³² In veel gevallen zal de (aanvaardbare) weigering tot behandeling evenwel samenvallen met de (aanvaardbare) weigering een overeenkomst aan te gaan.¹³³

De indirecte contractdwang wordt afgeleid uit artikel 3, eerste lid, van de Modelregeling arts-patiënt, opgesteld door de Nederlandse Patiënten/Consumenten Federatie (NP/CF) en door de KNMG.¹³⁴ Dit artikel bepaalt dat de arts met een patiënt, die de wens te kennen heeft gegeven medische hulp en/of advies te willen ontvangen, een daarop gerichte overeenkomst zal aangaan. Omdat de Modelregeling slechts een (dringend) advies is en geen wettelijke

126 Zie H.J.J. Leenen, J.C.J. Dute en W.R. Kastelein, *Handboek gezondheidsrecht Deel I*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, vijfde geheel herziene druk, 2011, p. 319-320 voor wat de werking van de non-reanimatieverklaring in het geval van een poging van zelfdoding betreft.

127 Zie voor de schriftelijke verklaring artikel 7:450, derde lid, BW.

128 CTG 19 april 2007, zaaknr. 2005/189; RTG Amsterdam 7 maart 2006, zaaknr. 04/060, 04/061, 04/062 en 04/063; Rechtbank Zwolle 13 december 1989, *TvGr* 1990, nr. 63; Gerechtshof Arnhem 23 juli 1991, *TvGr* 1993, nr. 66. Zie eveneens H.J.J. Leenen, J.C.J. Dute en W.R. Kastelein, *Handboek gezondheidsrecht Deel I*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, vijfde geheel herziene druk, 2011, p. 319.

129 Algemeen aanvaardbare uitzonderingsgronden zijn neergelegd in KNMG, *Richtlijn Niet-aangaan of beëindiging van de geneeskundige behandelingsovereenkomst*, 2005.

130 I.S.J. Houben, *Contractdwang* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2005, p. 139-152.

131 De behandelplicht (in het bijzonder in geval van noodsituaties) kan worden afgeleid uit de artikelen 255 en 450 Wetboek van Strafrecht. Zie ook KNMG, *Gedragsregels voor artsen*, 2002, artikel II.6 en I.S.J. Houben, *Contractdwang* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2005, p. 144-145 en 152. Houben ziet de behandelplicht ook wel als plicht die kan worden teruggevoerd op artikel 22 Grondwet. Zie over de behandelplicht nader par. 3.4.2.

132 Op deze situaties wordt later in dit hoofdstuk ingegaan, zie par. 3.4.2.3.

133 Dit volgt ook uit de voorbeelden aangehaald door I.S.J. Houben, *Contractdwang* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2005, p. 146-151. Zie voorts par. 3.4.2.3.

134 KNMG, *Modelregeling arts-patiënt*, 1998. Zie ook KNMG, *Gedragsregels voor artsen*, 2002, artikel II.12.

plicht kan niet gesproken worden van een directe contractdwang.¹³⁵ De contractplicht kan worden afgedwongen via de civiele rechter noch via een tuchtrechtelijke maatregel.¹³⁶

Een voorbeeld van een aanvaardbare situatie waarin de arts mag weigeren een behandelingsovereenkomst aan te gaan, is het ontbreken van een voldoende vertrouwensbasis, kenbaar uit eigen ervaring of die van een collega.¹³⁷ Bij een verstoorde vertrouwensband moet volgens de jurisprudentie onder meer worden gedacht aan situaties waarin voortdurend (nieuwe) kritiek op de hulpverlener wordt geuit en het (daardoor) oplopen van spanningen en aan situaties waarin het indienen van klachten, het ontstaan van een handgemeen of het uiten van bedreigingen de relatie kenmerkt.¹³⁸ Andere voorbeelden van een aanvaardbare situatie zijn die waarin de hulpverlener in verband met zijn professionele distantie weigert een behandelingsovereenkomst te sluiten met een familielid,¹³⁹ de hulpverlener vanwege onvoldoende bekwaamheid weigert een behandelingsovereenkomst te sluiten en de hulpverlener een behandelingsovereenkomst weigert, omdat zijn praktijk vol is.¹⁴⁰ Ook mag de hulpverlener weigeren een behandelingsovereenkomst aan te gaan, omdat hij daartoe een aanmerkelijk belang heeft dat zwaarder weegt dan het belang van de patiënt, zoals een te grote geografische afstand tussen de vestigingsplaats van de hulpverlener (in het bijzonder de huisarts) en de woonplaats van de patiënt.¹⁴¹ Of de hulpverlener het aangaan van een behandelingsovereenkomst mag weigeren, indien hem is gebleken dat de patiënt geen verzekering heeft afgesloten voor de kosten die samenhangen met de behandeling of anderszins is gebleken van de onmogelijkheid van betaling, wordt betwijfeld;¹⁴² uit de jurisprudentie blijkt voornamelijk van niet.¹⁴³ Geen aanvaardbare reden – zij het met de uitdrukkelijke kanttekening dat het moet gaan om een noodgeval – is de omstandigheid dat de arts op vakantie in het buitenland is; wanneer een medereiziger

135 Kamerstukken II 1992/93, 21561, nr. 15, p. 2 (Nota naar aanleiding van het eindverslag).

136 I.S.J. Houben, *Contractdwang* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2005, p. 142.

137 KNMG, Modelregeling arts-patiënt, 1998, artikel 3, tweede lid en KNMG, Gedragsregels voor artsen, 2002, artikel II.12. Zie ook I.S.J. Houben, *Contractdwang* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2005, p. 146-147.

138 Zie voor voorbeelden RTG Zwolle 19 november 2009, zaaknr. 07-200 en Rechtbank Leeuwarden 15 augustus 2003, *LJN* AI1813.

139 Zie RTG 's-Gravenhage 7 augustus 2012, *LJN* YG2289.

140 KNMG, Gedragsregels voor artsen, 2002, artikel II.12 en KNMG, Modelregeling arts-patiënt, 1998, artikel 3, tweede lid. Zie ook I.S.J. Houben, *Contractdwang* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2005, p. 146-147.

141 KNMG, Modelregeling arts-patiënt, 1998, artikel 3, tweede lid; KNMG, Richtlijn Niet aangaan of beëindiging van de geneeskundige behandelingsovereenkomst, 2005, p. 5 en I.S.J. Houben, *Contractdwang* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2005, p. 146.

142 H.J.J. Leenen, J.C.J. Dute en W.R. Kastelein, *Handboek gezondheidsrecht Deel II*, Houten: Bohn Stafleu van Loghum, vijfde geheel herziene druk, 2008, p. 49 en I.S.J. Houben, *Contractdwang* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2005, p. 150.

143 Zie voor een voorbeeld waarin de patiënt behandeld moest worden ondanks een betalingsprobleem Rechtbank 's-Gravenhage 26 juli 2006, *LJN* AY5099.

noodhulp behoeft en de wil uit om geneeskundig te worden behandeld, dan zal de hulpverlener daartoe moeten overgaan en komt diens gevolg – ook bij het feitelijk ontbreken van de wil daartoe – een behandelingsovereenkomst tot stand.¹⁴⁴

Indien de hulpverlener op grond van een of meer van de genoemde gronden besluit geen overeenkomst met de patiënt aan te gaan, dient hij dat besluit met de patiënt te overleggen en te motiveren. Zo nodig dient de hulpverlener het overleg en de motivering schriftelijk aan de patiënt te bevestigen, zo luidt het standpunt van de KNMG.¹⁴⁵

3.2.5 *De beëindiging van de behandelingsovereenkomst*

Een eerste mogelijkheid tot het beëindigen van de behandelingsovereenkomst is de beëindiging met wederzijds goedvinden. Het is inherent aan de contracteervrijheid om op een bepaald moment de overeenkomst te beëindigen. Doorgaans zal beëindiging met wederzijds goedvinden plaatsvinden, nadat de geneeskundige behandeling is afgerond,¹⁴⁶ of in geval van een essentieel meningsverschil over de behandeling.¹⁴⁷

Een tweede mogelijkheid tot beëindiging is de ontbinding van de behandelingsovereenkomst. Dit is ingevolge artikel 6:258, eerste lid, BW ten eerste mogelijk bij onvoorziene omstandigheden die van dien aard zijn dat de hulpverlener of de patiënt naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de behandelingsovereenkomst niet mag verwachten. Een voorbeeld betreft de situatie dat hulpverlener en patiënt een bepaalde behandeling van de patiënt voor ogen hebben, maar gedurende de geneeskundige behandeling blijkt van de noodzaak van specifieke kennis die de arts ontbeert. Voortzetten van behandeling zou voor deze hulpverlener uiterst bezwaarlijk zijn.¹⁴⁸ Ontbinding van de behandelingsovereenkomst is ook mogelijk in het geval van een tekortkoming door de hulpverlener in de nakoming van de verplichtingen uit de behandelingsovereenkomst. De tekortkoming moet zodanig zijn dat ontbinding met haar gevolgen gerechtvaardigd is, aldus artikel 6:265, eerste lid, BW. Voor zover nakoming niet blijvend of tijdelijk onmogelijk is, ontstaat de bevoegdheid tot ontbinding pas wanneer de hulpverlener in verzuim is, aldus artikel 6:265, tweede lid, BW.

144 CTG 19 augustus 2010, *LJN* YG0528 (Nepal-zaak).

145 KNMG, Richtlijn Niet-aangaan of beëindiging van de geneeskundige behandelingsovereenkomst, 2005, p. 6.

146 Zie ook Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* 2009, nr. 447.

147 KNMG, Richtlijn Niet-aangaan of beëindiging van de geneeskundige behandelingsovereenkomst, 2005, p. 14. Zie ook KNMG, Modelregeling arts-patiënt, 1998, artikel 3, tweede lid en KNMG, Gedragsregels voor artsen, 2002, artikel II.17.

148 Zie op dit punt in zijn algemeenheid ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, nr. 343.

Een voorbeeld van een zaak waarin de patiënt een beroep deed op ontbinding van de behandelingsovereenkomst, betreft een geval waarin de patiënt niet was geïnformeerd over het experimentele karakter van een stamceltherapie bij dwarslaesies. Haar waren uitsluitend succesverhalen voorgehouden. Naar achteraf bleek had de patiënt, ware zij goed geïnformeerd, de stamceltherapie niet willen ondergaan.¹⁴⁹

Een ontbinding bevrijdt zowel de hulpverlener als de patiënt van verdere nakoming van de verplichtingen uit de behandelingsovereenkomst. Voor zover deze al zijn nagekomen, blijft de rechtsgrond in stand, maar ontstaat een verbintenis tot ongedaanmaking van de door hen ontvangen prestaties, aldus artikel 6:271, eerste en tweede lid, BW. De hulpverlener zal dus het door de patiënt betaalde loon terug moeten betalen.¹⁵⁰ De patiënt kan de bij hem verrichte behandeling echter niet teruggeven: de aard van de prestatie verzet zich tegen ongedaanmaking. De patiënt zal daarom voor de behandeling, in overeenstemming met de waarde ervan, loon moeten betalen, aldus artikel 6:272 BW.¹⁵¹ Heeft de prestatie niet aan de verbintenis beantwoord, dan wordt deze vergoeding beperkt tot het bedrag van de waarde die de behandeling voor de patiënt heeft gehad; dit betreft een subjectief oordeel.¹⁵² In het geval de patiënt geen ziektekostenverzekering ter zake de bewuste behandeling heeft, is dit – naast een vordering tot schadevergoeding – een omstandigheid om rekening mee te houden: een deel van het betaalde loon kan mogelijk worden teruggevorderd. Bovendien is het mogelijk om vergoeding van schade te vorderen door het feit dat ontbinding in plaats van nakoming plaatsvindt, aldus artikel 6:277 BW. Gedacht kan worden aan de kosten van een nieuw *intake*gesprek voorafgaand aan behandeling bij de nieuwe hulpverlener die bij voortzetting van de ‘oude’ behandelingsovereenkomst niet nodig zou zijn geweest.

Opgemerkt wordt dat uit de jurisprudentie niet blijkt van een veelvuldig beroep op ontbinding van de geneeskundige behandelingsovereenkomst. Het is dan ook een gerechtvaardigde vraag of de ontbinding wel een reële optie is.¹⁵³ Toch kan zij in een specifiek geval uitkomst bieden, zo is aangetoond.

Een derde mogelijkheid betreft de opzegging van de behandelingsovereenkomst. De *hulpverlener* kan de behandelingsovereenkomst met de patiënt alleen opzeggen als daarvoor

149 Rechtbank Breda 2 februari 2011, LJN BP2954.

150 Veelal zal de ziektekostenverzekeraar hebben ingestaan voor de kosten in welk geval de patiënt aan de ziektekostenverzekeraar zal moeten terug betalen.

151 Voor de verplichting tot betaling van loon zie par. 3.2.6.

152 Parl. Gesch. Boek 6, p. 1031.

153 Zie in dezelfde zin Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* 2009, nr. 447.

een gewichtige reden aanwezig is, zo bepaalt artikel 7:460 BW.¹⁵⁴ De hulpverlener moet zeer terughoudend omgaan met deze mogelijkheid;¹⁵⁵ de hulpverlener behoort in hoge mate rekening te houden met de gezondheidstoestand van de patiënt.¹⁵⁶

Uit de jurisprudentie kan worden afgeleid dat de hulpverlener, voordat hij tot opzegging overgaat, herhaaldelijk op een wijziging van het gedrag van de patiënt moet aandringen en aangeven dat het gedrag reden is voor beëindiging van de behandelingsovereenkomst.¹⁵⁷ Van de hulpverlener mag worden verwacht dat hij de reden voor opzegging met de patiënt bespreekt en voor adequate vervanging zorgt.¹⁵⁸ Gegevens en materiaal zullen, met toestemming van de patiënt,¹⁵⁹ aan de opvolgende hulpverlener dienen te worden verstrekt.¹⁶⁰

Wat een voldoende gewichtige reden voor opzegging is, hangt af van de omstandigheden van het geval. In de literatuur is een aantal omstandigheden genoemd.¹⁶¹ Een voorbeeld is het opvatten van persoonlijke gevoelens voor de patiënt. Van een gewichtige reden is ook sprake, indien de patiënt naar een ver van de praktijk van de huisarts gelegen woning verhuist, waardoor de huisarts niet meer in staat zal zijn tijdig hulp te verlenen. Voorts kunnen als gewichtige redenen worden aangemerkt een (tijdelijke) beëindiging van de praktijk van de hulpverlener, het door de patiënt voortdurend weigeren het loon van de hulpverlener te betalen, een verstoring van de vertrouwensband tussen hulpverlener en patiënt en het door de patiënt weigeren van het verstrekken van inlichtingen of het verlenen van medewerking.¹⁶² Verblijft de patiënt in een ziekenhuis en is de overeenkomst met het ziekenhuis gesloten, dan kunnen gewichtige redenen (ook) liggen in het niet nakomen van de patiënt van essentiële plichten en regels van de het ziekenhuis, in het ontstaan van

154 Kamerstukken II 1990/91, 21561, nr. 6, p. 67 (MvA).

155 RTG Groningen 17 januari 1998, *TvGr* 2000, nr. 47; RTG Amsterdam 28 januari 2003, *TvGr* 2003, nr. 44 en RTG Amsterdam 24 januari 2012, *GJ* 2012/45.

156 Rechtbank 's-Gravenhage 23 april 1999, *KG* 1999, 134; Rechtbank 's-Hertogenbosch 29 november 2001, *LJN* AD6616 en Rechtbank Utrecht 16 mei 2012, *LJN* BW6298.

157 RTG Amsterdam 21 april 2009, zaaknr. 08138.

158 CTG 3 september 2009, zaaknr. 2008/299 en Rechtbank Rotterdam 16 april 2003, *LJN* AF7942.

159 Ingevolge artikel 7:457, eerste lid, BW, zie par. 3.4.4.1.

160 Rechtbank Rotterdam 16 april 2003, *LJN* AF7942. Zie in die zin ook KNMG, Richtlijn Niet-aangaan of beëindiging van de geneeskundige behandelingsovereenkomst, 2005, p. 8.

161 Zie voor diverse omstandigheden Kamerstukken II 1989/90, 21561, nr. 3, p. 42 (MvT); Kamerstukken II 1990/91, 21561, nr. 6, p. 67 (MvA); KNMG, Richtlijn Niet-aangaan of beëindiging van de geneeskundige behandelingsovereenkomst, 2005, p. 7-8; KNMG, Richtlijn Gedragsregels voor artsen, 2002, artikel II.12; H.J.J. Leenen, J.K.M. Gevers en J. Legemaate, Handboek gezondheidsrecht, Deel I, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, vijfde geheel herziene druk, 2011, p. 222 en Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* 2009, nr. 445.

162 Zie voor een voorbeeld van een weigering geïndiceerde zorg te ontvangen Rechtbank Utrecht 16 mei 2012, *LJN* BW6298.

spanningen door familieleden, in de organisatie en de financiën van het ziekenhuis of in de afwezigheid van een indicatie tot opname.¹⁶³

Een voorbeeld van een wat bijzondere zaak waarin de opzegging door het ziekenhuis ter discussie stond betreft een voortijdige stopzetting van een KID-behandeling zonder goedvinden van de patiënte, namelijk voordat alle inseminaties met donorzaad hadden plaatsgevonden. Het ziekenhuis had als reden aangevoerd dat voortzetting medisch niet verantwoord was, omdat de gynaecoloog die de behandeling moest uitvoeren zijn administratie niet op orde had en de administratie ook onvoldoende controleerbaar was. De rechtbank was van oordeel dat dit een gewichtige reden vormde die het ziekenhuis het recht gaf de behandelingsovereenkomst met de patiënte op te zeggen.¹⁶⁴

De *patiënt* kan de overeenkomst te allen tijde opzeggen conform artikel 7:408, eerste lid, BW. Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW kent hiervoor geen aparte regeling. Ingevolge artikel 7:408, derde lid, BW in samenhang gelezen met artikel 7:411 BW kan aan de opzegging het gevolg worden verbonden dat de patiënt loon verschuldigd blijft over de reeds verrichte behandeling en dat hij voor eventueel veroorzaakte onkosten moet betalen.

Een vierde mogelijkheid betreft de beëindiging door overlijden. In het geval van overlijden van de *hulpverlener* geldt bij gebreke van een bepaling in Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW als uitgangspunt artikel 7:409 BW: indien de opdracht met het oog op de persoon van de opdrachtnemer is verleend, eindigt zij door zijn dood. Alsdan zijn de erfgenamen van de hulpverlener, indien zij kennis dragen van de erfopvolging en van de behandelingsovereenkomst, verplicht al datgene te doen wat de omstandigheden in het belang van de patiënt eisen. Dit zou echter ongewenst kunnen zijn in het geval van nakoming van verplichtingen uit de behandelingsovereenkomst. In het algemeen mag worden aangenomen dat vervanging door een collega de aangewezen weg is.¹⁶⁵ In het geval van overlijden van de *patiënt* eindigt de opdracht ingevolge artikel 7:410, eerste lid, BW. De hulpverlener blijft niettemin verplicht al datgene te doen wat de omstandigheden in het belang van de nabestaanden van de patiënt eisen, zo blijkt uit artikel 7:410, tweede lid, BW. Gedacht kan worden aan het informeren van de familie over de doodsoorzaak en het aan hen ter hand stellen van het medisch dossier.¹⁶⁶

163 KNMG, Richtlijn Niet-aangaan of beëindiging van de geneeskundige behandelingsovereenkomst, 2005, p. 10.

164 Rechtbank Rotterdam, 16 april 2003, *LJN* AF7942.

165 Zie ook (de aangehaalde literatuur in) B. Sluijters en M.C.I.H. Biesart, De geneeskundige behandelingsovereenkomst, Deventer: Kluwer, tweede druk, 2005, p. 125.

166 Hoe dit zich verhoudt tot de geheimhoudingsplicht van de hulpverlener wordt in par. 3.4.4.3 besproken.

3.2.6 *Verplichtingen die uit de contractuele rechtsverhouding voortvloeien*

Zolang de overeenkomst inzake geneeskundige behandeling de rechtsverhouding tussen de patiënt en de arts of het ziekenhuis – al naar gelang wie als contractspartij wordt aangemerkt – beheerst, rusten op partijen (in hoofdzaak)¹⁶⁷ de verplichtingen van Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW. Hoewel sprake is van overeenkomstenrecht en de vrijheid van de contracterende partijen daarom voorop staat, zijn de bepalingen van Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW ingevolge artikel 7:468 BW van (half)dwingend recht; van de bepalingen kan niet ten nadele van de patiënt worden afgeweken, zulks met het oog op zijn bescherming als ‘zwakke partij’.¹⁶⁸ Er blijft dus weliswaar ruimte bestaan voor zelfregulering, wat onder meer gebeurt in de vorm van gedragsregels, richtlijnen, protocollen en modelregelingen, maar een afwijking van Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW kan alleen worden bewerkstelligd, indien de gedragsregel, de richtlijn, het protocol of de modelregeling een voordeliger positie voor de patiënt met zich brengt.¹⁶⁹

Op de patiënt rusten ingevolge Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW twee verplichtingen. Ingevolge artikel 7:452 BW is de patiënt verplicht de hulpverlener naar beste weten de inlichtingen te geven en de medewerking te verlenen die deze redelijkerwijs voor het uitvoeren van de overeenkomst behoeft.¹⁷⁰ De patiënt zal bijvoorbeeld moeten antwoorden op vragen van de hulpverlener betreffende zijn klachten en de plek aangeven waar hij pijn voelt. Een zwangere vrouwelijke patiënt bijvoorbeeld zal de hulpverlener moeten informeren over het feit dat zij zwanger is, nu dit gevolgen kan hebben voor het voorschrijven van medicijnen of voor het maken van een röntgenfoto. De tweede verplichting is geformuleerd in artikel 7:461 BW: de opdrachtgever is de hulpverlener loon verschuldigd, behoudens voor zover deze voor zijn werkzaamheden loon ontvangt op grond van het bij of krachtens de wet bepaalde dan wel uit de overeenkomst anders voortvloeit.¹⁷¹ In het geval de patiënt tevens opdrachtgever is, dan rust deze plicht dus op de patiënt, ook op de zestien- en zeventien-

167 Verplichtingen vloeien ook voort uit andere wettelijke bepalingen, gedragsregels en redelijkheid en billijkheid, zie par. 3.1. Waar de bijzondere bepalingen van Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW geen uitkomst bieden, kan worden teruggevallen op de algemene bepalingen van de overeenkomst van opdracht in Boek 7, titel 7, afdeling 1, BW. Daarnaast zijn ook verschillende bepalingen uit Boek 1 BW op de geneeskundige behandelingsovereenkomst van toepassing, in het bijzonder wanneer de onbekwaamheid van een patiënt aan de orde is.

168 Kamerstukken II 1991/92, 21561, nr. 11 (Nadere MvA).

169 Zie op dit punt ook H.J.J. Leenen, J.K.M. Gevers en J. Legemaate, *Handboek gezondheidsrecht*, Deel I, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, vijfde geheel herziene druk, 2011, p. 183.

170 Het woord ‘redelijkerwijs’ duidt erop dat van de patiënt wordt verwacht dat deze zich naar vermogen inspant, zie Kamerstukken II 1989/90, 21561, nr. 3, p. 33 (MvT).

171 Daar doet niet aan af dat de ziektekostenverzekeraar kosten voor zijn rekening neemt; de hulpverlener staat daarbuiten en dus ook buiten geschillen tussen de patiënt en de ziektekostenverzekeraar over vergoeding van kosten, zie Rechtbank Amsterdam 12 september 2012, *LJN* BY1333.

jarige.¹⁷² Voor zover de hoogte van het loon niet is bepaald, is de patiënt het op de gebruikelijke wijze berekende loon of bij gebreke daarvan, een redelijk loon verschuldigd.¹⁷³ Dit volgt uit artikel 7:405, tweede lid, BW. Voor een (groot) aantal behandelingen zal de patiënt overigens verzekerd zijn.¹⁷⁴

De hoogte van de beloning voor de hulpverlener werd tot 2012 vastgesteld aan de hand van een door de Nederlandse Zorgautoriteit in samenspraak met de zorgverzekeraars vastgestelde, diagnosebehandelingcombinatie (DBC).¹⁷⁵ Om de kwaliteit van de gezondheidszorg ook in de toekomst te garanderen en de zorg betaalbaar te houden, geldt vanaf 2012 een systeem van belonen naar prestatie (prestatiebekostiging). Met het project 'DBC's Op weg naar Transparantie (DOT)' zijn de ongeveer 30.000 DBC's in 2012 vervangen door 4.300 'DBC-zorgproducten'.¹⁷⁶ Het systeem wordt in de komende jaren ontwikkeld.¹⁷⁷

Op de patiënt rusten ook verplichtingen die uit de gewoonte, redelijkheid en billijkheid of een andere (publiekrechtelijke) wet voortvloeien.¹⁷⁸ Zo zal mijns inziens van de patiënt, net als van ieder ander, mogen worden verlangd dat hij (mede beperkingen door zijn ziekte in aanmerking genomen) algemene fatsoensnormen in acht neemt. Uit de rechtspraak van de Hoge Raad kan worden afgeleid dat de aard van de behandelingsovereenkomst zelfs verplichtingen met zich kan brengen die doorwerken na de beëindiging van de behandelingsovereenkomst. Van de patiënt mag bijvoorbeeld worden verlangd dat hij na de beëindiging van de behandelingsovereenkomst binnen redelijke grenzen het nodige

172 Rechtbank Groningen 4 juni 2009, *LJN* BM1623. De plicht rust ook op de bewusteloze en wilsonbekwame patiënt, zij het via de schakelbepaling van artikel 7:464 BW, Rechtbank Amsterdam 9 december 2009, *LJN* BL6693.

173 Zie voor een voorbeeld Rechtbank Arnhem 11 april 2012, *LJN* BW3752.

174 Sinds 1 januari 2006 wordt de contractuele relatie tussen de zorgverzekeraar en de (verplicht) verzekerde patiënt voornamelijk bepaald door de inhoud van de Zorgverzekeringswet, Wet van 16 juni 2005, Stb. 2005, 358, in werking getreden op 1 januari 2006, Stb. 2005, 649. Zie ook Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* 2009, nr. 448. Het mag echter niet zo zijn dat afspraken over rechtstreekse uitkering door de zorgverzekeraar ertoe leiden dat de hulpverlener niet betaald krijgt, zie Rechtbank Alkmaar 3 oktober 2012, *LJN* BY2862.

175 Een DBC is een weergave van alle activiteiten en verrichtingen die een patiënt in het ziekenhuis doorloopt gedurende een vastgestelde periode, zie de verschillende beleidsregels 'declaratiebepalingen DBC-bedragen en overige bedragen medisch specialistische zorg door of vanwege de zorginstelling' van het College tarieven gezondheidszorg, in te zien via de website van de Nederlandse Zorgautoriteit (Nza) <www.nza.nl>. Zie voorts Kamerstukken II 2003/04, 29248, nr. 1 (Brief van de Minister van VWS). Het DBC bekostigings- en financieringssysteem is ingevoerd met ingang van 1 februari 2005. Zie uitvoerig J.J.M. Liders en G. van Hekesen-van Bruggen, 'Juridische aspecten van DBC's', *TvGr* 2005, nr. 8, p. 614-633.

176 Kamerstukken II 2003/04, 29248, nr. 1 (Brief van de Minister van VWS) en Kamerstukken II 2011/12, 29248, nr. 237 (Brief van de Minister van VWS). Zie voorts Kamerstukken II 2011/12, 33000 XVI, nr. 14, p. 42-43 (Vaststelling van de begrotingsstaten van het Ministerie van VWS voor het jaar 2012).

177 Kamerstukken II 2011/12, 29248, nr. 237 (Brief van de Minister van VWS), p. 5-6.

178 Ingevolge artikel 6:248 BW.

doet om schade die een hulpverlener tijdens de behandeling (mogelijk) mede door toedoen van de patiënt heeft opgelopen, te beperken.

Een voorbeeld betreft een zaak waarin het bloed van een patiënt die behoorde tot een groep met een verhoogd risico op besmetting met het HIV-virus, door een fout van de tandarts in contact kwam met diens eigen bloed. In het betreffende geval liet de Hoge Raad het oordeel van het Hof – inhoudende dat de patiënt medewerking moest verlenen aan een bloedonderzoek – in stand. Naar het oordeel van de Hoge Raad was in cassatie terecht niet bestreden dat het aan artikel 10 en 11 van de Grondwet (Gw) ontleende grondrecht op privacy op de onaantastbaarheid van het lichaam zijn grenzen vindt in de bij of krachtens de wet te stellen beperkingen en dat tussen burgers onderling een zodanige beperking in beginsel kan worden gegrond op artikel 6:162 BW, terwijl wanneer tussen deze burgers een overeenkomst is gesloten die in relevant verband staat met de reden die aan het verzoek ten grondslag ligt, een dergelijke beperking reeds kan voortvloeien uit de inhoud van de overeenkomst, welke inhoud mede wordt vastgesteld met behulp van hetgeen naar de aard van de overeenkomst uit de redelijkheid en billijkheid voortvloeit. Redelijkheid en billijkheid kunnen met zich brengen dat van een patiënt kan worden verlangd om ook na beëindiging van een medische behandelingsovereenkomst binnen redelijke grenzen het nodige te doen om de schade die de tandarts opliep tijdens de overeenkomst te beperken, aldus de Hoge Raad.¹⁷⁹

Het is de vraag hoe ver deze plicht reikt. Uit de jurisprudentie leid ik af dat het een kwestie van afwegen van belangen is en per situatie tot een verschillend resultaat kan leiden; is de inbreuk op het grondrecht van de patiënt gering en weegt het belang van de hulpverlener zwaar, dan zal van de patiënt mogen worden verlangd mee te werken aan een nader onderzoek of een behandeling teneinde de schade te beperken. Vooralsnog lijkt dat het geval wanneer de patiënt een ziekte of aandoening heeft die ernstige gevolgen kan hebben voor de hulpverlener.

Op de *hulpverlener* rusten ingevolge Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW meerdere ‘klassieke’ verplichtingen, dat wil zeggen verplichtingen die van oudsher kenmerkend zijn voor de behandeling van de patiënt. Het betreft de informatieplicht neergelegd in artikel 7:448 BW, de dossierplicht neergelegd in artikel 7:454 BW, de geheimhoudingsplicht neergelegd in artikel 7:457 BW en de plicht tot eerbiediging van het recht op privéleven van de patiënt in de behandelkamer neergelegd in artikel 7:459 BW. (De verplichtingen tot) het informeren

179 HR 12 december 2003, NJ 2004, 117.

van de patiënt, dossiervoering, geheimhouding en privacybewaking maken deel uit van de werkzaamheden van de hulpverlener. De wijze waarop de hulpverlener aan zijn werkzaamheden uitvoering moet geven, is geregeld in artikel 7:453 BW.¹⁸⁰ Ingevolge dat artikel dient de hulpverlener bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed hulpverlener in acht te nemen en daarbij te handelen in overeenstemming met de op hem rustende verantwoordelijkheid, voortvloeiende uit de voor hulpverleners geldende professionele standaard.¹⁸¹ Het artikel behelst een zorgvuldigheidsnorm en geeft de ‘maatman’ weer waaraan het gedrag van de hulpverlener moet worden getoetst. Zoals nog zal blijken, is artikel 7:453 BW het meest belangrijke artikel om de aansprakelijkheid van de hulpverlener te beoordelen. In enkele artikelen wordt het goed hulpverlenerschap benadrukt om aan te geven dat afwijken van een bepaalde verplichting mogelijk is, wanneer de zorgvuldigheid dat van de hulpverlener vereist. Voorbeelden zijn artikel 7:454, derde lid, BW (afwijken bewaartermijn van het patiëntendossier), artikel 7:457, derde lid, BW (afwijken van de plicht om het geheim ten opzichte van vertegenwoordigers te doorbreken), artikel 7:459, derde lid, BW (afwijken van de plicht om het recht op privéleven ten opzichte van vertegenwoordigers te doorbreken) en artikel 7:465, vierde lid, BW (plicht om verplichtingen jegens de vertegenwoordiger na te komen moet verenigbaar zijn met het goed hulpverlenerschap).

De verplichtingen dient de hulpverlener jegens de *patiënt* na te komen. De bepalingen van Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW zijn immers zo geformuleerd dat alle rechten en plichten de patiënt betreffen. Dit lijdt uitzondering wanneer de patiënt een (wettelijk) vertegenwoordiger heeft, zoals de minderjarige patiënt.¹⁸² Heeft de minderjarige de leeftijd van twaalf reeds bereikt, maar is hij nog geen zestien, dan dienen bijvoorbeeld ook (dus naast de minderjarige) de gezaghebbende ouders te worden geïnformeerd,¹⁸³ hetgeen samenhangt met het vereiste van artikel 7:450, tweede lid, BW dat naast de toestemming van het kind, ook de toestemming van de wettelijk vertegenwoordigers voor behandeling nodig is (‘dubbele toestemmingsvereiste’).¹⁸⁴

Heeft een van beide ouders het gezag niet, dan kan de niet gezaghebbende ouder op grond van artikel 1:377c BW informatie aan de hulpverlener vragen

180 Zie eerder over artikel 7:453 BW ook hoofdstuk 2, par. 2.4.2.2.

181 Dezelfde bepaling is neergelegd in artikel 4 van het Verdrag inzake de rechten van de mens en de biogeneeskunde.

182 Zie voor vertegenwoordiging van de patiënt ook par. 3.2.2. Zie ook het op dit punt gelijk bepaalde in artikel 6 van het Verdrag inzake de rechten van de mens en de biogeneeskunde.

183 De arts heeft een onderzoeksplicht naar het gezag van de ouders, CTG 19 april 2011, *LJN YG1064*.

184 Zie voor informatie en toestemming bij wettelijke vertegenwoordiging ook (in een overzicht) Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* 2009, nr. 412. Het niet in acht nemen van het dubbele toestemmingsvereiste kan reden zijn om te spreken van schending van het recht op privéleven, EHRM 23 maart 2010, *GJ 2010*, 73, met nt. A.C. Hendriks (M.A.K. & R.K./Verenigd Koninkrijk) rov. 75-80.

en moet hem deze informatie worden verstrekt, tenzij de hulpverlener de informatie niet op gelijke wijze zou verschaffen aan de wel met het gezag belaste ouder of het belang van het kind zich tegen verschaffen van informatie verzet.¹⁸⁵

Artikel 7:450, tweede lid, BW kent twee uitzonderingen op het vereiste van de dubbele toestemming; indien de geneeskundige behandeling kennelijk nodig is om ernstig nadeel voor de minderjarige te voorkomen,¹⁸⁶ alsmede indien de minderjarige de geneeskundige behandeling ook na de weigering van de ouders of voogd de behandeling weloverwogen blijft wensen,¹⁸⁷ dan kan de hulpverlener de behandeling uitvoeren, ook al hebben de wettelijk vertegenwoordigers geen toestemming verleend.¹⁸⁸ In dat geval is ook geen vervangende kinderbeschermingsmaatregel nodig.¹⁸⁹ Artikel 7:466, tweede lid, BW kent eveneens een uitzondering op het vereiste van dubbele toestemming; indien de beoogde behandeling van niet ingrijpende aard is,¹⁹⁰ wordt de toestemming verondersteld te zijn gegeven.¹⁹¹

Een tweede afwijking op het uitgangspunt dat de verplichtingen moet worden nagekomen jegens de patiënt ziet op de geheimhoudingsplicht in het geval de minderjarige wel al twaalf, maar nog geen zestien jaar oud is. Op grond van artikel 7:457, derde lid, BW mogen wettelijk vertegenwoordigers worden geïnformeerd en mogen zij inzage verkrijgen in het medisch dossier. Op de plicht de privacy van de patiënt in acht te nemen, artikel 7:459, tweede lid, BW, wordt eveneens een uitzondering gemaakt. Wettelijk vertegenwoordigers worden niet beschouwd als ‘anderen’ en zijn daarmee niet uitgesloten van de mogelijkheid verrichtingen in het kader van de geneeskundige behandeling waar te nemen.

185 Op grond van artikel 1:377b BW is de met het gezag belaste ouder bovendien verplicht om de niet met het gezag belaste ouder op de hoogte te stellen van medische aangelegenheden betreffende het kind en deze te raadplegen over daaromtrent te nemen beslissingen. Zie voor een voorbeeld Gerechtshof 's-Hertogenbosch 24 november 2009, *LJN* BK4557.

186 Onder ‘kennelijk nodig’ moet, naast een duidelijke medische indicatie, ook worden begrepen de situatie dat de behandeling niet kan worden uitgesteld totdat de zestienjarige leeftijd is bereikt en de minderjarige zelf kan beslissen. In Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* 2009, nr. 423 wordt het voorbeeld genoemd van de door ouders geweigerde bloedtransfusie of een geslachtsziekte. Niet voldoende voor afwezigheid van het vereiste van dubbele toestemming is dat de hulpverlener de behandeling geïndiceerd acht, zie Kamerstukken II 1990/91, 21561, nr. 6, p. 48 (MvA).

187 De tweede uitzondering betekent in feite dat de wil van de minderjarige voorgaat boven die van de wettelijk vertegenwoordigers. In Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* 2009, nr. 423 wordt het voorbeeld genoemd van vaccinatie. Zie voor een voorbeeld uit de rechtspraak CTG 24 mei 2011, *LJN* YG1293.

188 Zie voor een voorbeeld van de uitzonderingen van artikel 7:450, tweede lid, BW RTG Groningen 21 april 2009, zaaknr. G2008/19 en in hoger beroep CTG 24 mei 2011, *LJN* YG1293.

189 Gerechtshof Leeuwarden 25 februari 2008, *LJN* BC5102.

190 Zie par. 3.4.1.2 ten aanzien van het begrip ‘niet ingrijpende aard’.

191 Zie voor een voorbeeld CTG 24 mei 2011, *LJN* YG1298.

Voor de minderjarige die de leeftijd van twaalf jaren nog niet heeft bereikt gaat de uitzondering op het uitgangspunt dat de verplichtingen jegens de patiënt moeten worden nagekomen nog verder; reeds opgemerkt is dat ingevolge artikel 7:465, eerste lid, BW alle verplichtingen moeten worden nagekomen tegenover de wettelijk vertegenwoordigers.¹⁹² Hetzelfde geldt wanneer de minderjarige wel de leeftijd van twaalf jaren heeft bereikt, maar desalniettemin niet in staat kan worden geacht tot een redelijke waardering van zijn belangen terzake de geneeskundige behandeling, aldus artikel 7:465, tweede lid, BW. In die gevallen waarin zich een noodsituatie voordoet, kan de hulpverlener evenwel zonder toestemming van de wettelijk vertegenwoordiger overgaan tot behandeling, aldus artikel 7:466, eerste lid, BW.¹⁹³ Toestemming van de vertegenwoordiger wordt verondersteld te zijn gegeven voor die verplichtingen die niet van ingrijpende aard zijn, zo bepaalt artikel 7:466, tweede lid, BW.¹⁹⁴

Ten aanzien van een meerderjarige wilsonbekwame patiënt geldt evenzeer een van de hoofdregel afwijkende regeling. Voor deze situaties is in artikel 7:465, tweede lid, BW bepaald dat de hulpverlener zijn verplichtingen behoort na te komen jegens de curator of de mentor. Is er geen curator of mentor aangewezen, dan worden de verplichtingen jegens de persoonlijk gemachtigde nagekomen, aldus artikel 7:465, derde lid, BW.¹⁹⁵ Ontbreekt een schriftelijk gemachtigde persoon, of treedt deze niet op, dan worden de verplichtingen nagekomen jegens de echtgenoot, de geregistreerde partner of andere levensgezel van de patiënt (bijvoorbeeld bij een bewusteloze patiënt).¹⁹⁶ Wenst deze persoon dat niet of ontbreekt deze, dan behoren de verplichtingen te worden nagekomen jegens een ouder, kind, broer of zus van de patiënt,¹⁹⁷ tenzij deze persoon dat niet wenst, aldus artikel 7:465, derde lid, tweede volzin, BW.¹⁹⁸ Een uitzondering is verwoord in artikel 7:466 BW: toestemming

¹⁹² Zie par. 3.2.2.

¹⁹³ Zie over dit onderwerp ook B. Sluijters en M.C.H.I. Biesart, *De geneeskundige behandelingsovereenkomst*, Deventer: Kluwer, tweede druk, 2005, p. 160-162 en R.P. de Roode, 'Zorg om jonge kinderen. Een gezondheidsrechtelijke benadering', *TvGr* 2013, nr. 2, p. 102-114. Vergelijk artikel 7:450, tweede lid, BW voor de minderjarige ouder dan twaalf jaren.

¹⁹⁴ Zie par. 3.4.1.2 voor het begrip 'niet ingrijpende aard'. Vergelijk ook artikel 1:253i BW, waarin staat dat in geval van gezamenlijke gezagsuitoefening de ouders gezamenlijk het kind vertegenwoordigen in burgerlijke handelingen, met dien verstande dat een ouder alleen, mits niet van bezwaren van de andere ouder is gebleken, hiertoe ook bevoegd is.

¹⁹⁵ Zie hierover ook Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* 2009, nr. 411 en J.C.J. Dute en J.K.M. Gevers, 'Wilsonbekwaamheid en vertegenwoordiging', *TvGr* 2012, nr. 5, p. 380-389.

¹⁹⁶ Zie ook par. 3.2.2.

¹⁹⁷ De broer en de zus zijn in een later stadium van de parlementaire behandeling op aandringen van de Tweede Kamer aan de categorie van onbenoemde vertegenwoordigers toegevoegd: Kamerstukken II 1990/1991, 21 561, nr. 6, p. 51-52 (MvA).

¹⁹⁸ Zie hierover ook Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* 2009, nr. 411 en J.C.J. Dute en J.K.M. Gevers, 'Wilsonbekwaamheid en vertegenwoordiging', *TvGr* 2012, nr. 5, p. 380-389.

van de genoemde vertegenwoordiger(s) is niet nodig in geval van een noodsituatie en evenmin in geval van een verrichting van niet ingrijpende aard.

Op de hulpverlener rusten net als op de patiënt – naast de verplichtingen van Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW – ook verplichtingen die uit de gewoonte, redelijkheid en billijkheid of een andere (publiekrechtelijke) wet voortvloeien.¹⁹⁹ Een behandelplicht van de hulpverlener – toch ook een klassieke verplichting – bijvoorbeeld is niet als zodanig geregeld in Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW, maar vloeit voort uit verschillende gedragsregels en modelregelingen en uit het Wetboek van Strafrecht.²⁰⁰ Voorts wordt gewezen op het belang van Europeesrechtelijke bepalingen die met de rechten van de patiënt corresponderende verplichtingen voor de hulpverlener met zich kunnen brengen. Ingevolge artikel 3 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie bijvoorbeeld heeft de patiënt recht op vrije en geïnformeerde toestemming en dat betekent dat de hulpverlener de patiënt van informatie dient te voorzien.

Wordt één (of meer) van de op de hulpverlener uit hoofde van de rechtsverhouding rustende verplichtingen niet volgens de norm nagekomen jegens de patiënt of – bij (wettelijke) vertegenwoordiging – jegens de vertegenwoordiger, dan leidt dat in beginsel tot de conclusie dat de hulpverlener is tekortgeschoten. Zoals vooraf is opgemerkt, biedt de tekortkoming de grondslag voor een vergoeding van schade.²⁰¹ Komt de patiënt een van zijn verplichtingen die uit de rechtsverhouding voortvloeien niet na, dan heeft dit mogelijk consequenties voor de schade die hij kan verhalen; de tekortkoming is immers niet volledig te wijten aan het gedrag van de hulpverlener.²⁰²

3.3 DE RECHTSVERHOUDING TUSSEN ARTS, ZIEKENHUIS EN PATIËNT: IN UITZONDERINGSGEVALLEN NIET-CONTRACTUEEL

3.3.0 *Opmerkingen vooraf*

Hoewel doorgaans tussen hulpverlener en patiënt een contractuele rechtsverhouding bestaat, is dit niet altijd het geval. In de inleiding werd reeds opgemerkt dat zich uitzonderingssituaties kunnen voordoen. Een behandelingsovereenkomst komt niet tot stand in het geval een van de vereiste elementen voor de totstandkoming van een behandelingsover-

¹⁹⁹ Ingevolge artikel 6:248 BW.

²⁰⁰ KNMG, Gedragsregels voor artsen, 2002; KNMG, Modelregeling arts-patiënt, 1998 en de artikelen 255 en 450 Wetboek van Strafrecht.

²⁰¹ Zie voor de uitwerking hoofdstuk 4, par. 4.2. Zie eerder ook hoofdstuk 2, par. 2.4.2.2.

²⁰² Zie voor de uitwerking hoofdstuk 6, par. 6.2.3.

eenkomst ontbreekt, maar ook in die gevallen waarin de wet uitdrukkelijk bepaalt dat geneeskundige zorg op een andere basis dan een behandelingsovereenkomst moet worden verleend.

Het ontbreken van een contractuele rechtsverhouding betekent niet dat de patiënt geen aanspraak kan maken op vergoeding van schade. De grondslag voor het verhaal van schade is alleen een andere; zij wordt gevormd door de wettelijke grondslag van de onrechtmatige daad. Dit rechtvaardigt een nadere bespreking van de uitzonderingen aan de hand van enkele illustraties (par. 3.3.1). Voor een uitvoerige bespreking van de niet-contractuele relaties wordt verwezen naar de relevante literatuur en toepasselijke wetteksten.²⁰³ Vervolgens wordt ingegaan op de aard van de rechtsbetrekking in relatie tot een mogelijk verzet van die rechtsbetrekking tegen overeenkomstige toepassing van de bepalingen van Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW (par. 3.3.2). Voor een bespreking van andere verplichtingen die de niet-contractuele rechtsverhoudingen beheersen, wordt gewezen op de toepasselijke wetgeving.²⁰⁴

3.3.1 *Illustraties van uitzonderingsgevallen*

Illustratie I Een door een verklaring geuite wil ontbreekt

Een situatie waarin ondanks het feit dat een hulpverlener handelingen op het gebied van de geneeskunst verricht bij een patiënt, geen overeenkomst inzake geneeskundige behandeling tot stand komt, is de reeds genoemde situatie waarin het aan wilsovereenstemming bij de patiënt ontbreekt. Het ontbreken van wilsovereenstemming kan zijn veroorzaakt door de mate van bewustzijn van de patiënt en/of door de mate van wilsbekwaamheid van de patiënt. Een overeenkomst komt alleen dan tot stand, indien deze wordt gesloten door

203 Zie onder meer Kamerstukken II 1989/90, 21561, nr. 3, p. 46-47 (MvT); B. Sluijters, 'De Geneeskundige behandelingsovereenkomst', *WPNR* 1990/5982, p. 761-768; J.K.M. Gevers, 'De toepassing van de WGBO in a-typische situaties', *TvGr* 1996, nr. 1, p. 8-15; M.F.M. de Groot, 'De geneeskundige behandelingsovereenkomst in het strafrecht', *AA* 49 (2000) 7/8, p. 543-548; B. Sluijters en M.C.I.H. Biesaat, *De geneeskundige behandelingsovereenkomst*, Deventer: Kluwer, tweede druk, 2005, p. 139-146; A.C. Hendriks, 'Militaire gezondheidszorg: geïntegreerde zorg en gedesintegreerde rechten van de patiënt?', *TvGr* 2007, nr. 2, p. 100-109 en H.J.J. Leenen, J.C.J. Dute en W.R. Kastelein, *Handboek gezondheidsrecht Deel II*, Houten: Bohn Stafleu van Loghum, vijfde geheel herziene druk, 2008, p. 197-199 en 202-205. Relevante wetgeving is de Militaire Ambtenarenwet, de Wet publieke gezondheid, de Penitentiaire Beginselenwet, de Beginselenwet verpleging terbeschikkinggestelden en de Wet op het bevolkingsonderzoek.

204 Militaire Ambtenarenwet, de Wet publieke gezondheid, de Penitentiaire Beginselenwet, de Beginselenwet verpleging terbeschikkinggestelden en de Wet op het bevolkingsonderzoek.

een (wettelijk) vertegenwoordiger namens de patiënt. In alle andere gevallen verleent de hulpverlener de zorg aan de patiënt als zaakwaarnemer.²⁰⁵

Illustratie II Er worden geen handelingen op het gebied van de geneeskunst verricht

Een andere situatie die reeds aan de orde is gekomen, betreft die waarin zorg wordt verleend in een ander kader dan de geneeskundige behandeling van een persoon.²⁰⁶ Voor de totstandkoming van een overeenkomst inzake geneeskundige behandeling is immers vereist dat de handelingen op het gebied van de geneeskunst liggen en dat de aanpalende handelingen, zoals verzorging en verpleging, met het oog daarop plaatsvinden.

Illustratie III De patiënt is op grond van een wettelijke bepaling of ingevolge een feitelijke verplichting gedwongen onderworpen aan een geneeskundige behandeling

Het verrichten van geneeskundige handelingen zonder dat daaraan een overeenkomst ten grondslag ligt, kan zich ook voordoen in die gevallen waarin de patiënt op grond van een wettelijke bepaling of ingevolge een feitelijke verplichting gedwongen onderworpen wordt aan een geneeskundige behandeling. Een eerste voorbeeld daarvan betreft de patiënt in militaire dienst.²⁰⁷ De gezondheidszorg voor en aan militairen wordt gekenmerkt door vergaande verplichtingen met het oog op de operationele inzetbaarheid van de krijgsmacht.²⁰⁸ De zorgverlening is geregeld in bijzondere op de militair ambtenaar van toepassing zijnde wetgeving: de Militaire Ambtenarenwet (MAW),²⁰⁹ meer in het bijzonder artikel 12h MAW, het Algemeen militair ambtenarenreglement,²¹⁰ en de Kaderwet Diensplicht,²¹¹ meer in het bijzonder artikel 6. Een tweede voorbeeld betreft de patiënt met een besmettelijke (infectie)ziekte. De patiënt behept met een besmettelijke infectieziekte als bedoeld in artikel 1, van de Wet publieke gezondheid (Wpg) is onderworpen aan de regels van deze wet.²¹² Geneeskundige behandeling wordt niet verricht in het kader van een behandelings-

205 Zie eerder par. 3.2.4 over de vereisten voor totstandkoming van een overeenkomst inzake geneeskundige behandeling. Zie voor zaakwaarneming artikel 6:198 BW.

206 Zie eerder par. 3.2.1 over de handelingen op het gebied van de geneeskunst.

207 H.J.J. Leenen, J.C.J. Dute en W.R. Kastelein, *Handboek gezondheidsrecht Deel II*, Houten: Bohn Stafleu van Loghum, vijfde geheel herziene druk, 2008, p. 197-199.

208 Kamerstukken II 1992/93, 21561, nr. 15, p. 38 (Nota naar aanleiding van het eindverslag). Zie nader A.C. Hendriks, 'Militaire gezondheidszorg: geïntegreerde zorg en gedesintegreerde rechten van de patiënt?', *TvGr* 2007, nr. 2, p. 100-109.

209 Wet van 19 december 1931 houdende regelen betreffende de rechtstoestand van de militaire ambtenaren, Stb. 1931, 519.

210 Besluit van 25 februari 1982, houdende regelen betreffende de rechtstoestand van de militaire ambtenaren van de krijgsmacht, Stb. 1982, 279.

211 Wet van 13 maart 1997, houdende bepalingen met betrekking tot de militaire dienstplicht alsmede wijziging van enige wetten en overgangsrecht, Stb. 1997, 139.

212 Wet van 9 oktober 2008, houdende bepalingen over de zorg voor de publieke gezondheid, Stb. 2008, 460.

overeenkomst. Een derde voorbeeld van geneeskundige behandeling op grond van een wettelijke bepaling betreft de patiënt die zich in een penitentiaire inrichting bevindt,²¹³ en de patiënt die ter beschikking is gesteld.²¹⁴ Op de patiënt die in een penitentiaire inrichting verblijft, is de Penitentiaire beginselenwet (Pbw) van toepassing,²¹⁵ evenals de Penitentiaire maatregel, in het bijzonder hoofdstuk 5 van die maatregel.²¹⁶ De terbeschikkinggestelde patiënt is onderworpen aan de Beginselenwet verpleging terbeschikkinggestelden (Bvt) en het daarop gebaseerde Reglement terbeschikkinggestelden (Rvt),²¹⁷ in het bijzonder hoofdstuk 10 van dat Reglement.²¹⁸ De jeugdige patiënt die in een inrichting is geplaatst, is onderworpen aan het regime van de Beginselenwet justitiële jeugdinrichtingen (BJJI) en het daarop gebaseerde Reglement justitiële jeugdinrichtingen (RJJI),²¹⁹ in het bijzonder hoofdstuk 8 van dat Reglement.²²⁰ Een laatste voorbeeld van gedwongen geneeskundig onderzoek in een strafrechtelijke setting is het ingevolge artikel 163 Wegenverkeerswet (WWV) verplichte bloedonderzoek bij verdenking van rijden onder invloed.²²¹ Geneeskundige behandeling vindt plaats met inachtneming van de wettelijke bepalingen; er komt geen behandelingsovereenkomst tot stand.²²²

213 Zie anders (wel een behandelingsovereenkomst) Gerechtshof Amsterdam 26 juli 2011, *LJN* BT6513.

214 Zie ook H.J.J. Leenen, J.C.J. Dute en W.R. Kastelein, *Handboek gezondheidsrecht Deel II*, Houten: Bohn Stafleu van Loghum, vijfde geheel herziene druk, 2008, p. 202-205.

215 Wet van 18 juni 1998 tot vaststelling van een Penitentiaire beginselenwet en daarmee verband houdende intrekking van de Beginselenwet gevangeniswezen met uitzondering van de artikelen 2 tot en met 5 en wijzigingen van het Wetboek van Strafrecht en het Wetboek van Strafvordering alsmede enige andere wetten, Stb. 1998, 430.

216 Besluit van 23 februari 1998, houdende vaststelling van de Penitentiaire maatregel en daarmee verband houdende wijziging van enige andere regelingen (Penitentiaire maatregel), Stb. 1998, 111.

217 Wet van 25 juni 1997 tot vaststelling van een Beginselenwet verpleging ter beschikking gestelden en overige verpleegden strafrechtstoepassing en daarmee verband houdende wijzigingen van het Wetboek van Strafrecht en de Beginselenwet gevangeniswezen (Beginselenwet verpleging ter beschikking gestelden), Stb. 1997, 280.

218 Besluit van 22 mei 1997, houdende regels omtrent de tenuitvoerlegging van de maatregel van terbeschikkingstelling en de verpleging van ter beschikking gestelden en overige verpleegden strafrechtstoepassing (Reglement verpleging ter beschikking gestelden), Stb. 1997, 217.

219 Wet van 2 november 2000 tot vaststelling van een Beginselenwet justitiële jeugdinrichtingen en daarmee verband houdende wijzigingen van het Wetboek van Strafrecht, het Wetboek van Strafvordering en de Wet op de jeugdhulpverlening alsmede enige andere wetten (Beginselenwet justitiële jeugdinrichtingen), Stb. 2000, 481.

220 Besluit van 5 juli 2001, houdende vaststelling van het Reglement justitiële jeugdinrichtingen en daarmee verband houdende wijziging van enkele besluiten (Reglement justitiële jeugdinrichtingen, Stb. 2001, 350.

221 Wet van 21 april 1994, Stb. 1994, 475.

222 H.J.J. Leenen, J.C.J. Dute en W.R. Kastelein, *Handboek gezondheidsrecht Deel II*, Houten: Bohn Stafleu van Loghum, vijfde geheel herziene druk, 2008, p. 202-205.

Illustratie IV Handelingen ter beoordeling van de gezondheidstoestand of medische begeleiding van een persoon in opdracht van een derde

Een vierde situatie waarin een behandelingsovereenkomst niet tot stand komt, betreft de situatie waarin handelingen ter beoordeling van de gezondheidstoestand of medische begeleiding van een persoon worden verricht in opdracht van een ander dan die persoon in verband met de vaststelling van aanspraken of verplichtingen (ook ‘vaststellingskeuringen’ genoemd²²³), de toelating tot een verzekering of voorziening, of de beoordeling van de geschiktheid voor een opleiding, een arbeidsverhouding of de uitvoering van bepaalde werkzaamheden (ook ‘toelatingskeuringen’ en ‘controlekeuringen’ genoemd al naar gelang de verzekering, de opleiding, de arbeidsverhouding een beoogde of een bestaande is²²⁴), zo bepaalt artikel 7:446, vierde lid, BW. Het betreft – kort gezegd – medische keuringen die worden verricht in opdracht van een ander dan de te keuren persoon of mede in opdracht van een ander dan de te keuren persoon.²²⁵ Het feit dat het geen behandelingensovereenkomst is die de rechtsverhouding beheerst, neemt overigens niet weg dat er wel een ander soort overeenkomst tot stand kan komen, bijvoorbeeld een ‘gewone’ overeenkomst van opdracht. Een voorbeeld van een medische keuring is de beoordeling van gezondheidsklachten en de begeleiding van een zieke werknemer door een bedrijfsarts in opdracht van een werkgever.²²⁶ Een ander voorbeeld is de medische beoordeling door een verzekeringsarts van een werknemer.²²⁷ Dit gebeurt in het kader van de Wet Werk en inkomen naar arbeidsvermogen,²²⁸ de Wet arbeidsongeschiktheidsverzekering zelfstandigen,²²⁹ de Ziektewet,²³⁰ en de Wet op de (re)integratie arbeidsgehandicapten.²³¹ Voorts valt onder het begrip medische keuring de situatie dat de patiënt, althans diens dossier, (mede) in opdracht van de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar of rechter wordt beoordeeld

223 Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* 2009, nr. 467.

224 Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* 2009, nr. 461 en nr. 465.

225 Een overeenkomst komt dus wel tot stand als alleen de patiënt opdracht geeft. Dit volgt impliciet uit HR 12 augustus 2005, *NJ* 2009, 341, met nt. F.C.B. van Wijmen. Een voorbeeld is de zieke werknemer die zich uit eigen beweging tot de bedrijfsarts wendt.

226 Besluit van 13 maart 2000, houdende aanwijzing van situaties, bedoeld in artikel 464 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek, waarvoor dit artikel later dan met ingang van 1 mei 2000 in werking zal treden, *Stb.* 2000, 121, p. 13-14. Zie ook Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* 2009, nr. 464. Zie voor een vergelijkbaar voorbeeld de keuring van een persoon in militaire dienst ter beoordeling van zijn geschiktheid voor de dienst, zie RTG Amsterdam 11 juni 2013, zaaknr. 12/229 tot en met 12/236.

227 Besluit van 13 maart 2000, houdende aanwijzing van situaties, bedoeld in artikel 464 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek, waarvoor dit artikel later dan met ingang van 1 mei 2000 in werking zal treden, *Stb.* 2000, 121, p. 13-14. Zie ook Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* 2009, nr. 464.

228 Wet van 10 november 2005, *Stb.* 2005, 572.

229 Wet van 24 april 1997, *Stb.* 1997, 176.

230 Wet van 5 juni 1913, *Stb.* 1913, 204.

231 Wet van 23 april 1998, *Stb.* 1998, 290.

door een medisch adviseur of een deskundige in het kader van een aansprakelijkstelling van de hulpverlener,²³² of op het terrein van de sociale voorzieningen.²³³

De tekst van artikel 7:446, vierde lid, BW is niet de oorspronkelijke tekst. In de loop van de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek is de redactie van toen nog artikel 1653, vijfde lid, BW een aantal keer gewijzigd. In het Voorstel van Wet luidde de tekst als volgt: 'Indien handelingen als bedoeld in het eerste lid worden verricht op grond van een arbeidsverhouding van de persoon op wie zij betrekking hebben, worden zij geacht te geschieden op grond van een behandelingsovereenkomst tussen die persoon en degene met wie hij de arbeidsverhouding heeft.'²³⁴ In het Gewijzigd Voorstel van Wet luidde het vijfde lid als volgt: 'Onder handelingen bedoeld in het eerste lid zijn niet begrepen handelingen ter beoordeling van de gezondheidstoestand van een persoon indien deze worden verricht in opdracht van een ander dan die persoon in verband met de vaststelling van aanspraken of verplichtingen, de toelating tot een verzekering of voorziening, of de beoordeling van de geschiktheid voor een opleiding, een arbeidsverhouding of de uitvoering van bepaalde werkzaamheden.'²³⁵ Pas bij het Nader Gewijzigd Voorstel van Wet kreeg het vijfde lid zijn oorspronkelijke tekst.²³⁶

Illustratie V Bevolkingsonderzoek

Een vijfde situatie ziet op bevolkingsonderzoek. Bevolkingsonderzoek wordt geregeld in de Wet op het bevolkingsonderzoek evenals in het Besluit bevolkingsonderzoek.²³⁷ Opgemerkt is reeds dat het twijfelachtig is of er een behandelingsovereenkomst aan de rechtsverhouding tussen de arts en de onderzochte persoon tot stand komt, omdat de handelingen niet individueel gericht zijn, maar gericht zijn op een bepaalde groep personen zonder klachten of hulpvraag.²³⁸ Bevolkingsonderzoek wordt echter ook niet beschouwd als een

232 HR 26 maart 2004, *TvGr* 2004, nr. 33, met nt. J. van der Burg, *JBPr* 2004, 37, met nt. C.J.M. Klaassen en *NJ* 2009, 340, met nt. F.C.B. van Wijmen.

233 Zie voor voorbeelden Besluit van 13 maart 2000, houdende aanwijzing van situaties, bedoeld in artikel 464 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek, waarvoor dit artikel later dan met ingang van 1 mei 2000 in werking zal treden, *Stb.* 2000, 121, p. 14.

234 Kamerstukken II 1989/90, 21561, nr. 2 (Voorstel van Wet).

235 Kamerstukken II 1990/91, 21561, nr. 8 (Gewijzigd Voorstel van Wet).

236 Kamerstukken II 1992/93, 21561, nr. 17 (Nader Gewijzigd Voorstel van Wet). Zie ook Kamerstukken I 1993/94, 21561, nr. 286 (Tweede Nader Gewijzigd Voorstel van Wet).

237 Wet van 29 oktober 1992, *St.* 1992, 611 en Besluit van 1 augustus 1995, houdende vaststelling van een algemene maatregel van bestuur als bedoeld in de artikelen 3, derde lid, en 4, tweede lid, van de Wet op het bevolkingsonderzoek, *Stb.* 1995, 399.

238 Zie par. 3.2.1.

vorm van medische keuring.²³⁹ Hoe de rechtsverhouding tussen arts en patiënt wel moet worden getypeerd, is vooralsnog niet duidelijk.²⁴⁰

3.3.2 *Verplichtingen die uit de niet-contractuele rechtsverhouding voortvloeien*

Het ontbreken van een contractuele rechtsverhouding betekent niet dat hulpverlener en patiënt geen verplichtingen jegens elkaar hebben. Ingevolge de schakelbepaling van artikel 7:464, eerste lid, BW zijn de regels van de geneeskundige behandelingsovereenkomst van Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW evenals de artikelen 7:404, 7:405, tweede lid en 7:406 BW van overeenkomstige toepassing op de niet contractuele rechtsverhouding.²⁴¹ De patiënt maakt ingevolge de wet aanspraak op het jegens hem in acht nemen van de informatieplicht, de dossierplicht, de geheimhoudingsplicht enzovoorts.²⁴² Dit geldt dus niet alleen voor de bewusteloze patiënt en de wilsonbekwame patiënt, maar ook voor de persoon die zorg en verpleging ontvangt buiten het kader van een geneeskundige behandeling, voor de militaire patiënt, voor de patiënt die op grond van de Wet publieke gezondheid wordt behandeld, voor de gedetineerde patiënt, voor de gekeurde persoon en voor de persoon die aan een bevolkingsonderzoek wordt onderworpen. De rechtvaardiging voor de overeenkomstige toepassing van Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW is gelegen in het feit dat ook in situaties waarin handelingen worden verricht op het gebied van de geneeskunst zonder dat daaraan een behandelingsovereenkomst ten grondslag ligt, behoefte bestaat aan bescherming van de patiënt.²⁴³ Voor de patiënt op zijn beurt gelden de verplichtingen van artikel 7:452 BW en 7:461 BW.

In het oorspronkelijke wetsvoorstel werd de van overeenkomstige toepassing verklaring van de verplichtingen op situaties waarin de patiënt bewusteloos was met zoveel woorden tot uitdrukking gebracht in artikel 1653s BW. Het artikel bepaalde de nieuwe titel van overeenkomstige toepassing indien een hulpverlener in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf ten aanzien van een

239 Zie voor definitie artikel 1 aanhef en onder c, Wet op het bevolkingsonderzoek. Zie over het bevolkingsonderzoek ook H.J.J. Leenen, J.C.J. Dute en W.R. Kastelein, *Handboek gezondheidsrecht Deel II*, Houten: Bohn Stafleu van Loghum, vijfde geheel herziene druk, 2008, p. 303 en p. 351-358.

240 Zie ook J.K.M. Gevers, 'De Wcz: achtergrond, opzet en reikwijdte', *TvGr* 2010, nr. 8, p. 589-596.

241 Kamerstukken II 1989/90, 21561, nr. 3, p. 46 (MvT). De woorden 'voor zover de aard van de rechtsbetrekking zich daartegen niet verzet' zijn eerst opgenomen bij Nota van wijziging: Kamerstukken II 1990/91, 21561, nr. 7.

242 Zie in die zin ook B. Sluijters en M.C.I.H. Biesart, *De geneeskundige behandelingsovereenkomst*, Deventer: Kluwer, tweede druk, 2005, p. 140.

243 Besluit van 13 maart 2000, houdende aanwijzing van situaties, bedoeld in artikel 464 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek, waarvoor dit artikel later dan met ingang van 1 mei 2000 in werking zal treden, Stb. 2000, 121, p. 3-4. Zie hierover ook Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* 2009, nr. 459.

persoon handelingen verrichtte maar door bijzondere omstandigheden de daartoe te sluiten behandelingsovereenkomst nog niet tot stand was gekomen.²⁴⁴ Met het gewijzigd voorstel van wet is de bepaling komen te vervallen, omdat zij overbodig werd geacht.²⁴⁵

Wat de verzorging- en verpleging betreft werd in de Memorie van Antwoord opgemerkt dat in die enkele gevallen waarin verzorging en verpleging niet mede in het kader van een geneeskundige behandeling worden verricht, zorgverleners toch de bepalingen van Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW en de artikelen 7:404, 7:405, tweede lid en 7:406 BW in acht moeten nemen.²⁴⁶ In de Nadere Memorie van Antwoord werd dit nogmaals benadrukt.²⁴⁷

Een belangrijke beperking is dat de bepalingen van Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW alleen van overeenkomstige toepassing zijn *voor zover de rechtsbetrekking zich tegen overeenkomstige toepassing niet verzet*.²⁴⁸ Het feit dat niet nader is omschreven in welke gevallen van zo een verzet sprake is, maakt dat in de praktijk niet altijd even duidelijk is hoe ver de reikwijdte Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW strekt. Het is bijvoorbeeld onduidelijk in hoeverre een rechtsbetrekking waarin het verzorgen en begeleiden van de patiënt op de voorgrond staat zich verzet tegen overeenkomstige toepassing van Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW.²⁴⁹

Voor andere situaties geldt die onduidelijkheid niet of in mindere mate. In de situatie van de bewusteloze patiënt kan de rechtsbetrekking zich bijvoorbeeld verzetten tegen overeenkomstige toepassing van de informatieplicht (artikel 7:448 BW) en het toestemmingsvereiste (artikel 7:450 BW): de bewusteloze patiënt is immers niet in staat om informatie aan te horen en toestemming te verlenen.²⁵⁰ Is de patiënt wilsonbekwaam in verband met zijn psychische gesteldheid, dan zal de rechtsbetrekking zich evenzeer verzetten tegen overeenkomstige toepassing van de informatieplicht en het vragen van toestemming voor behandeling. Is bovendien sprake van een situatie waarin de stoornis van de geestvermogens van de patiënt gevaar doet veroorzaken welk gevaar niet kan worden afgewend zonder tussenkomst van een psychiatrische instelling of ziekenhuis, dan kan de patiënt door middel van

244 Kamerstukken II 1989/90, 21561, nr. 2 (Voorstel van Wet).

245 Kamerstukken II 1990/91, 21561, nr. 8 (Gewijzigd Voorstel van Wet). Zie hierover ook B. Sluijters, 'De Geneeskundige behandelingsovereenkomst', WPNR 1990/5982, p. 761-768.

246 Kamerstukken II 1990/91, 21561, nr. 6, p. 27 (MvA).

247 Kamerstukken II 1991/92, 21561, nr. 11, p. 18 (Nadere MvA).

248 Kamerstukken II 1989/90, 21561, nr. 3, p. 46 (MvT). De woorden 'voor zover de aard van de rechtsbetrekking zich daartegen niet verzet' zijn eerst opgenomen bij Nota van wijziging, Kamerstukken II 1990/91, 21561, nr. 7.

249 Advies Raad voor de Volksgezondheid en Zorg aan de minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, 'De patiënt beter aan zet met een Zorgconsumentenwet?', Den Haag 2006, p. 16.

250 Zie in die zin ook Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* 2009, nr. 415 en 460.

een machtiging van de rechter worden onderworpen aan gedwongen opname.²⁵¹ Op deze gedwongen opname zijn naast Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW de regels van de Wet Bijzondere opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen (Wet BOPZ) van toepassing.²⁵²

Wat militairen betreft verzet de aard van de rechtsbetrekking zich bijvoorbeeld tegen het toestemmingsvereiste en de plicht tot geheimhouding van medische gegevens (artikel 7:457 BW).²⁵³ Dit is expliciet gemaakt in artikel 12h, vijfde tot en met zevende lid, MAW.²⁵⁴ Ook voor personen met een infectieziekte geldt dat het toestemmingsvereiste en de geheimhoudingsplicht niet goed passen bij de wijze waarop ingevolge de Wpg geneeskundige zorg wordt verleend. Evenmin passen deze verplichtingen bij de wijze waarop aan gedetineerden zorg wordt verleend.²⁵⁵ Ten aanzien van de terbeschikkinggestelde patiënt en de jeugdige patiënt leidt bovendien onverkorte toepassing van artikel 7:465 BW tot problemen.²⁵⁶ Ook gelden er andere regels betreffende de verplichtingen van de arts ten aanzien van het dossier (artikel 7:454 BW): artikel 59 Pbw, artikel 19 en 20 Bvt, hoofdstuk 9 Rvt, artikel 63 BJJI en hoofdstuk 12 RJJI kennen afwijkende bepalingen, die vóór Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW gaan.²⁵⁷ Anders is voorts de verplichting tot betaling van loon: forensische zorg – hiermee wordt bedoeld de geneeskundige behandelingen in penitentiaire inrichtingen en Tbs-klinieken – wordt gefinancierd door de overheid (Ministerie van Veiligheid en Justitie).²⁵⁸ Wat de persoon betreft die wordt onderworpen aan een bloedonderzoek geldt ingevolge artikel 163 VWW een afwijkend toestemmingsregime.

251 Zie in het kader van ‘bemoeizorg’ (voorafgaand aan een rechterlijke machtiging) en afwezigheid van een geneeskundige behandelingsovereenkomst ook KNMG en GGD Nederland, ‘Handreiking gegevensuitwisseling in het kader van bemoeizorg’, april 2005.

252 Wet van 29 oktober 1992, Stb. 1992, 669. De wet is ook van toepassing op vrijwillige opname van een patiënt in een ‘BOPZ’-instelling. Zie voor samenloop van de wettelijke bepalingen J. Legemaate, ‘De verhouding tussen de WGBO en de Wet Bopz’, *TvGr* 2004, nr. 7, p. 441-448. De Wet BOPZ zal in de toekomst worden vervangen door de Wet Verplichte Geestelijke Gezondheidszorg (Kamerstukken 32399). Daarnaast komt de Wet Zorg en Dwang psychochirurgische en verstandelijk gehandicapte patiënten (Kamerstukken 31996) te bestaan.

253 Kamerstukken II 1992/93, 21561, nr. 15, p. 39 (Nota naar aanleiding van het eindverslag).

254 Zie ook H.J.J. Leenen, J.C.J. Dute en W.R. Kastelein, *Handboek gezondheidsrecht Deel II*, Houten: Bohn Stafleu van Loghum, vijfde geheel herziene druk, 2008, p. 197-199. Zie voor kritiek A.C. Hendriks, ‘Militaire gezondheidszorg: geïntegreerde zorg en gedesintegreerde rechten van de patiënt?’, *TvGr* 2007, nr. 2, p. 100-109.

255 Zie uitvoerig M.F.M. de Groot, ‘De geneeskundige behandelingsovereenkomst in het strafrecht’, *AA* 49 (2000) 7/8, p. 543-548.

256 Besluit van 13 maart 2000, houdende aanwijzing van situaties, bedoeld in artikel 464 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek, waarvoor dit artikel later dan met ingang van 1 mei 2000 in werking zal treden, Stb. 2000, 121, p. 7-12.

257 Besluit van 13 maart 2000, houdende aanwijzing van situaties, bedoeld in artikel 464 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek, waarvoor dit artikel later dan met ingang van 1 mei 2000 in werking zal treden, Stb. 2000, 121, p. 7.

258 Zie artikel 17 Interim-besluit Forensische Zorg, Besluit van 23 december 2010, Stb. 2010, 875.

Ook voor de nog wat onduidelijke situatie waarin bevolkingsonderzoek wordt verricht, is overeenkomstige toepassing van de bepalingen van Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW aan de orde.²⁵⁹ De aard van de rechtsbetrekking zou zich evenwel kunnen verzetten tegen onverminderde toepassing van de informatieplicht en het toestemmingsvereiste. Het Besluit bevolkingsonderzoek kent hiervoor van het BW afwijkende bepalingen.

Een voorbeeld van een bepaling die zich bij keuringen tegen toepassing verzet, is artikel 7:460 BW waarin is bepaald dat de hulpverlener de behandelingsovereenkomst niet kan opzeggen behoudens gewichtige redenen. Een probleem kan zich bovendien voordoen bij de geheimhoudingsplicht van de verzekeringsarts.²⁶⁰ Daarnaast bevat artikel 7:464, tweede lid, BW twee bepalingen die alleen betrekking hebben op een keuringssituatie. Het betreft een van artikel 7:454 BW afwijkende bewaartermijn (sub a)²⁶¹ en een inzagerecht (sub b).²⁶² Onder sub b wordt bovendien aan de te keuren persoon,²⁶³ als eerste een inzage- én blokkeringsrecht gegeven wanneer de desbetreffende keuring *niet* wordt verricht in verband met een tot stand gekomen arbeidsverhouding of burgerrechtelijke verzekering dan wel een opleiding waartoe de betrokkene reeds is toegelaten (dus *niet* in verband met de zogenoemde ‘controlekeuringen’, zie hierna).²⁶⁴

Het bovenstaande laat zien dat analoge toepassing van Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW op uitzonderingsgevallen in vergaande mate via de schakelbepaling van artikel 7:464, eerste lid, BW mogelijk is. De keerzijde van de toepasselijkheid van het BW buiten zijn formele bereik is dat het voorkomt dat de bepalingen van het BW in de praktijk samenlopen met andere wettelijke regels, opgenomen in hetzij bijzondere bestuursrechtelijke wetgeving inzake de positie van de patiënt, hetzij in algemene regelingen die ook voor de positie van de patiënt van belang zijn. Soms is daarbij sprake van complementariteit, soms van overlap en interactie die tot rechtsonzekerheid kan leiden.²⁶⁵ Om die reden werd ingevolge artikel V van het wetsvoorstel van Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW de inwerkingtreding van artikel

259 Zie voor voorbeelden Rechtbank Zwolle 4 februari 2004, JA 2004, 13 en Gerechtshof Arnhem 17 januari 2006, JA 2006, 37.

260 Besluit van 13 maart 2000, houdende aanwijzing van situaties, bedoeld in artikel 464 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek, waarvoor dit artikel later dan met ingang van 1 mei 2000 in werking zal treden, Stb. 2000, 121, p. 21.

261 Opgenomen bij Tweede Nota van wijziging Kamerstukken II 1991/92, 21561, nr. 12. Zie hierover ook B. Sluijters en M.C.I.H. Biesart, De geneeskundige behandelingsovereenkomst, Deventer: Kluwer, tweede druk, 2005, p. 45.

262 Aan artikel 7:464, tweede lid, BW komt zelfstandige betekenis toe, zo volgt uit HR 26 maart 2004, TvGr 2004, nr. 33, met nt. J. van der Burg, JBPr 2004, 37, met nt. C.J.M. Klaassen en NJ 2009, 340, met nt. F.C.B. van Wijmen.

263 Het recht komt uitsluitend toe aan de patiënt zelf en niet aan de nabestaanden, zie Rechtbank Amsterdam 27 oktober 2005, LJN AU6024.

264 Zie ook Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* 2009, nr. 465 en 467.

265 J.C.J. Dute e.a., De evaluatie van de WGBO, Den Haag: Zonmw 2000, p. 33.

7:464 BW met vijf jaren uitgesteld of met zoveel jaren als bepaald bij algemene maatregel van bestuur. De bedoeling van de uitgestelde werking was na te gaan of er situaties waren waarin hetzij rechtstreeks uitzonderingen konden worden gemaakt op basis van het criterium van artikel 7:464, eerste lid, BW, hetzij een regeling overeenkomstig Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW beter in specifieke wetgeving kon worden neergelegd.²⁶⁶ Voor handelingen op het gebied van de geneeskunst in bijzondere omstandigheden – bedoeld wordt op het geval van de bewusteloze patiënt die geneeskundige hulp heeft – en voor handelingen omschreven in artikel 1653, vijfde lid, BW, thans artikel 7:446, vierde lid, BW – de medische keuringen – die worden verricht in verband met een beoogde arbeidsverhouding, een beoogde burgerrechtelijke verzekering, dan wel de toelating tot een opleiding (‘toelatingskeuringen’) werd een uitzondering gemaakt.²⁶⁷ Voor deze situaties gold artikel 7:464 BW per 1 april 1995.

Bij besluiten van 13 maart 2000 en 22 maart 2005 is de uitgestelde werking van artikel 7:464 BW opnieuw bepaald.²⁶⁸ Voor handelingen op het gebied van de geneeskunst die worden verricht in inrichtingen als bedoeld in artikel 65 van de Wet op de Jeugdhulpverlening trad artikel 7:464 BW in werking per 1 september 2001.²⁶⁹ Voor handelingen op het gebied van de geneeskunst in verband met de uitvoering van wettelijke voorschriften op het terrein van de arbeidsomstandigheden, de sociale zekerheid en de sociale voorzieningen trad artikel 7:464 BW met ingang van 1 mei 2010 in werking. Voor handelingen als omschreven in artikel 7:446, vijfde lid (thans vierde lid) BW die worden verricht in verband met een tot stand gekomen arbeidsverhouding, een tot stand gekomen burgerrechtelijke verzekering dan wel een opleiding waartoe de betrokkene is toegelaten (‘controlekeuringen’) trad artikel 7:464 BW in werking per 1 maart 2006 en *uitsluitend* voor zover het de overeenkomstige toepassing van artikel 7:464, tweede lid, BW betrof. Opgemerkt wordt dat in artikel 7:464, tweede lid, sub b, laatste volzin, BW juist voor dergelijke controlekeuringen een uitzondering wordt gemaakt op het recht om als eerste inzage te verkrijgen in het

266 Zie voor een nadere motivering Besluit van 13 maart 2000, houdende aanwijzing van situaties, bedoeld in artikel 464 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek, waarvoor dit artikel later dan met ingang van 1 mei 2000 in werking zal treden, Stb. 2000, 121.

267 De tekst van artikel V is enige malen aangepast, zie Kamerstukken II 1989/90, 21561, nr. 2 (Voorstel van Wet), Kamerstukken II 1990/91, 21561, nr. 8 (Gewijzigd Voorstel van Wet), Kamerstukken II 1992/93, 21561, nr. 17 (Nader Gewijzigd Voorstel van Wet) en Kamerstukken I 1993/94, 21561, nr. 286 (Tweede Nader Gewijzigd Voorstel van Wet). Zie over de uitgestelde werking ook Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* 2009, nr. 460-465.

268 Besluit van 13 maart 2000, houdende aanwijzing van situaties, bedoeld in artikel 464 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek, waarvoor dit artikel later dan met ingang van 1 mei 2000 in werking zal treden, Stb. 2000, 121 en Besluit van 22 maart 2005 tot wijziging van het Besluit van 13 maart 2000, houdende aanwijzing van situaties, bedoeld in artikel 464 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek, waarvoor dit artikel later dan met ingang van 1 mei 2000 in werking zal treden, Stb. 2005, 174.

269 Zie ook M.F.M. de Groot, ‘De geneeskundige behandelingsovereenkomst in het strafrecht’, AA 49 (2000) 7/8, p. 543-548.

keuringsrapport en het recht om dit rapport te blokkeren. Het gevolg van een en ander is dat voor controlekeuringen alleen het algemeen inzagerecht als bedoeld in artikel 7:464, tweede lid, sub, eerste volzin, BW geldt.²⁷⁰ Het recht van eerste inzage en het blokkeringsrecht geldt ingevolge de besluiten slechts voor beoogde arbeidsverhoudingen, beoogde burgerrechtelijke verzekeringen alsmede voor de toelating tot een opleiding.²⁷¹ Opmerkelijk is dat dit niet (geheel) strookt met de (gewijzigde²⁷²) tekst van artikel 7:464, tweede lid, onder b, BW, waarin immers is bepaald wanneer het inzage- en blokkeringsrecht *niet* geldt. In de praktijk leidt deze discrepantie nogal eens tot problemen en pogingen om duidelijkheid te scheppen.²⁷³

Voor alle andere gevallen is Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW sinds 1 mei 2000 van overeenkomstige toepassing. Tegen de achtergrond van het onderzoek is van belang op te merken dat ingevolge de jurisprudentie van de Hoge Raad het recht van eerste inzage en het blokkeringsrecht met ingang van deze datum geldt voor beoordelingen die door een deskundig arts zijn verricht in opdracht van een ander dan de patiënt in het kader van verhaal van schade op een hulpverlener.²⁷⁴

Voor het verhaal van schade betekent een en ander dat de hulpverlener in beginsel onrechtmatig handelt, wanneer hij (per datum inwerkingtreding) een in Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW neergelegde verplichting, voor zover van overeenkomstige toepassing, niet in acht neemt; de in acht te nemen zorgvuldigheid vormt het toetsingskader ter zake de onrechtmatigheid van het handelen en de onrechtmatige daad op haar beurt biedt de onrechtmatige daad de grondslag voor een vergoeding van schade.²⁷⁵ Daarnaast kan de onrechtmatigheid van het gedrag voortvloeien uit het niet in acht nemen van op de bijzondere relatie van toepassing zijnde regelgeving. Voor de patiënt geldt dat het niet in acht

270 Zie ook Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* 2009, nr. 465 en 467.

271 Besluit van 13 maart 2000, houdende aanwijzing van situaties, bedoeld in artikel 464 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek, waarvoor dit artikel later dan met ingang van 1 mei 2000 in werking zal treden, p. 26-27. Zie voorts Kamerstukken II 2004/05, 30049, nr. 3, p. 5 (MvT).

272 Zie voor de wijziging destijds Kamerstukken II 2004/05, 30049, nr. 2 (Voorstel van Wet).

273 Zie E.J. Wervelman en E.J.C. de Jong, 'Misverstanden en oplossingen rondom het inzage- en blokkeringsrecht in civiele zaken; enkele praktijkvoorbeelden', *TvGr* 2005, nr. 5, p. 383-398; A. Wilken, 'De onduidelijke reikwijdte van het blokkeringsrecht: wetsvoorstel cliëntenrechten biedt geen oplossing', *TVP* 2009, nr. 4, p. 129-138; A. Wilken 'De doolhof van het blokkeringsrecht', *Expertise en Recht* 2011, nr. 4, p. 135-141 en E.J.C. de Jong, 'De ondraaglijke duisternis van het blokkeringsrecht', *TvGr* 2011, nr. 5, p. 405-412. Zie voorts de noot van A. Wilken, bij CTG 25 oktober 2011, *TvGr* 2012, nr. 5.

274 HR 26 maart 2004, *TvGr* 2004, nr. 33, met nt. J. van der Burg, *JBPr* 2004, 37, met nt. C.J.M. Klaassen en *NJ* 2009, 340, met nt. F.C.B. van Wijmen. Zie ook HR 12 augustus 2005, *NJ* 2009, 341, met nt. F.C.B. van Wijmen. Zie nader hoofdstuk 8, par. 8.2.4.1 en 8.3.4.

275 Zie voor de uitwerking hoofdstuk 4, par. 4.3. Zie eerder ook hoofdstuk 2, par. 2.4.2.3.

nemen van de op hem rustende verplichtingen – voor zover daartoe ingevolge de rechtsbetrekking verplicht – invloed kan hebben op de schadevergoeding.²⁷⁶

3.4 EEN NADERE BESCHRIJVING VAN DE KLASSIEKE VERPLICHTINGEN VAN DE HULPVERLENER

3.4.0 *Opmerkingen vooraf*

Zoals eerder opgemerkt, vloeien uit de contractuele rechtsverhouding tussen de hulpverlener en de patiënt verschillende, in Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW verankerde, verplichtingen voort.²⁷⁷ Ingevolge de schakelbepaling van artikel 7:464 BW zijn veel van deze verplichtingen van overeenkomstige toepassing op de niet-contractuele rechtsverhouding (in de zin van een behandelingsovereenkomst).²⁷⁸

De bepalingen van Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW zien voornamelijk op de verplichtingen van de hulpverlener die hij jegens de patiënt (of diens vertegenwoordiger) moet nakomen. De geschreven verplichtingen van de hulpverlener nemen een aanvang met de informatieplicht van artikel 7:448 BW en eindigen met de plicht van artikel 7:459 BW om de behandeling van de patiënt buiten waarneming van anderen te verrichten. Omdat een tekortkoming in de nakoming van de verplichtingen, of een onrechtmatige daad bij de afwezigheid van een contract, de basis legt voor de aansprakelijkheid van de hulpverlener is het van belang om te weten wat de strekking van de verschillende verplichtingen is. Eveneens is het van belang om te weten of zich omstandigheden kunnen aandienen waaronder de verplichting niet geldt. In dat laatste geval zal immers niet gauw van een tekortkoming of onrechtmatige daad sprake zijn. Om deze redenen worden de klassieke verplichtingen van de hulpverlener nader beschreven en wordt geïnventariseerd wat hun doel, inhoud en beperkingen zijn. De verplichtingen worden besproken in de volgorde die aansluit op de praktijk. De hulpverlener zal de patiënt informeren, waarna de patiënt toestemming zal verlenen voor behandeling (par. 3.4.1). Vervolgens zal de hulpverlener overgaan tot behandeling van de patiënt (par. 3.4.2). Tijdens de behandeling zijn andere verplichtingen aan de orde, zoals het bijhouden van een dossier (par. 3.4.3), de geheimhoudingsplicht (par. 3.4.4) en het in acht nemen van de privacy van de patiënt in de behandelkamer (par. 3.4.5).

²⁷⁶ Zie voor de uitwerking hoofdstuk 6, par. 6.2.3.

²⁷⁷ Zie par. 3.2.6.

²⁷⁸ Zie par. 3.3.2.

De verplichting om bij de werkzaamheden de zorg van een goed hulpverlener in acht te nemen, neergelegd in artikel 7:453 BW, overstijgt alle verplichtingen (het betreft een kapstokbepaling) en behelst dé toetsingsmaatstaf voor het antwoord op de vraag of de hulpverlener is tekortgeschoten.²⁷⁹ Zij wordt dan ook uitvoerig besproken in het volgende hoofdstuk.²⁸⁰ Om herhaling te voorkomen, komt in dit hoofdstuk de verplichting van artikel 7:453 BW niet nader aan de orde.

3.4.1 De informatieplicht

3.4.1.1 Doel van de informatieplicht

De informatieplicht is neergelegd in artikel 7:448 BW. Artikel 7:448, eerste lid, BW bepaalt dat de hulpverlener de patiënt op duidelijke wijze, en desgevraagd schriftelijk, inlicht over het voorgenomen onderzoek en de voorgestelde behandeling en over de ontwikkelingen omtrent het onderzoek, de behandeling en de gezondheidstoestand van de patiënt.

Informatieverstrekking heeft tot doel te voorkomen dat de patiënt ten opzichte van de arts een informatieachterstand heeft waar het zijn gezondheid betreft.²⁸¹ Het meest belangrijke doel van het verstrekken van informatie is echter het bewerkstelligen van een zodanig informatieniveau van de patiënt, dat deze toestemming kan verlenen voor te verrichten medische handelingen.²⁸² Een grondwettelijke basis hiervoor is gelegen in het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer en het recht op onaantastbaarheid van het menselijk lichaam, als bedoeld in artikelen 10 en 11 Gw. Het vereiste pas een behandeling te verrichten als de patiënt toestemming heeft verleend, is neergelegd in artikel 7:450, eerste lid, BW.²⁸³ De informatieplicht en het toestemmingsvereiste vormen samen de veel gebruikte term ‘*informed consent*’, hetgeen uitdrukking geeft aan het zelfbeschikkingsrecht

279 Kamerstukken II 1989/90, 21561, nr. 3, p. 33 (MvT). Zie bijvoorbeeld over de toepasselijkheid van artikel 7:453 BW op de dossierplicht: HR 15 juni 2007, NJ 2007, 335. Zie uitvoerig hoofdstuk 4, par. 4.2.1. Wellicht ten overvloede wordt erop gewezen dat artikel 7:453 BW niet geldt in de verhouding tussen artsen onderling. Zie voor een voorbeeld en overweging op dit punt Rechtbank Leeuwarden 29 juni 2012, LJN BX1296.

280 Hoofdstuk, par. 4.2.1.

281 R.W.M. Giard, Aansprakelijkheid van artsen (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, p. 135; J. Legemaate, ‘Recht op informatie over fouten van artsen’, TVP 2007, nr. 1, p. 1-4; D.A. Legemaate en J. Legemaate, ‘Het preoperatief informed consent’, NTvG 2010; 154:A2492; KNMG, Implementatie van de WGBO van wet naar praktijk – Deel 2, Informatie en toestemming, Utrecht: KNMG 2004, p. 10.

282 Zie voor andere doelen ook KNMG, Implementatie van de WGBO – van wet naar praktijk, Deel 2, Informatie en toestemming, Utrecht: KNMG, p. 27 e.v. Zie voor mogelijke problemen in de toekomst door een hoeveelheid aan informatie afkomstig van internet en *social media* Centrum voor ethiek en gezondheid, Toekomstverkenning Ethiek en Gezondheid, Den Haag 2012, p. 17.

283 Bij amendement is het woord ‘telkens’ geschrapt: Kamerstukken II 1993/94 21561, nr. 33 (Amendement van het lid Lansink).

van de patiënt.²⁸⁴ Het is daarom de beslissing – ook af te leiden uit gedrag²⁸⁵ – van de patiënt die in beginsel leidend is en waarop het medisch professionele oordeel van de arts niet zonder meer een uitzondering kan maken.²⁸⁶ Zo kan een eenmaal gegeven toestemming alsnog worden ingetrokken en moet een wilsverklaring tot niet behandelen (een negatieve wilsverklaring, bijvoorbeeld een nonreanimatieverklaring²⁸⁷) in beginsel worden geëerbiedigd, zo blijkt uit artikel 7:450, derde lid, BW.

De Hoge Raad benadrukte het vereiste evenals het belang van het ‘informed consent’ in zijn twee arresten van 23 november 2001 als volgt: ‘[De informatieplicht] strekt ertoe de patiënt in staat te stellen goed geïnformeerd te beslissen of hij al dan niet toestemming voor deze behandeling zal geven. Deze verplichting vindt zijn grondslag in de door art. 10 van de Grondwet gewaarborgde eerbiediging en bescherming van de persoonlijke levenssfeer en de door art. 11 van de Grondwet gewaarborgde onaantastbaarheid van het menselijk lichaam. Deze informatieplicht en het daarmee nauw verband houdende vereiste van toestemming door de patiënt hebben in de op 1 april 1995 in werking getreden regeling van de overeenkomst inzake geneeskundige behandeling een wettelijke basis gekregen in de art. 7:448 en 450 BW.’²⁸⁸

Het recht op zelfbeschikking is (ook) een door het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) onderkend recht: inbreuk op dat recht – zelfs een *minor interference*²⁸⁹ – betekent een inbreuk op het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer, neergelegd in artikel 8 EVRM.²⁹⁰ Een niet gelegitimeerde en/of niet noodzakelijke inbreuk betekent een schending van dat recht. Het zelfbeschikkingsrecht is evenzeer onderdeel van het

284 Zie ook KNMG, Implementatie van de WGBO – van wet naar praktijk, Deel 2, Informatie en toestemming, Utrecht: KNMG 2004, p. 27 e.v.

285 Bijvoorbeeld het zich melden van de patiënt met een hoofdwond bij de Spoedeisende hulp. Deze zal de wond gehecht willen hebben en daarvoor dus toestemming verlenen. Ook het tekenen van een (decursus-)formulier door de patiënt kan als voldoende aanwijzing voor een gegeven toestemming worden aangemerkt, zie Rechtbank Maastricht 28 januari 2004, *LJN* AO2581.

286 Zie voor een voorbeeld HR 14 juni 1974, *NJ* 1974, 436, met nt. Th.W. van Veen.

287 Een negatieve wilsverklaring moet worden onderscheiden van de positieve wilsverklaring, zoals de euthanasieverklaring. Daarop ziet artikel 7:450, derde lid, niet. Zie op dat punt ook C.P.M. Akerboom e.a., Thematische Wetsevaluatie wilsonbekwaamheid en vertegenwoordiging, Den Haag: Zonmw 2011, p. 35.

288 HR 23 november 2001, *NJ* 2002, 386. Zie ook HR 23 november 2001, *NJ* 2002, 387, met nt. J.B.M. Vranken.

289 EHRM 16 juni 2005, *EHRC* 2005, 82, met nt. J. van der Velde (Storck/Duitsland).

290 Zie bijvoorbeeld EHRM 29 april 2002, *NJ* 2004, 543, met nt. E.A. Alkema (Pretty/Verenigd Koninkrijk); EHRM 9 maart 2004, *EHRC* 2004, 38, met nt. A.C. Hendriks (Glass/Verenigd Koninkrijk); EHRM 26 mei 2011, *EHRC* 2011, 109, met nt. A.C. Hendriks (R.R./Polen); EHRM 5 oktober 2006, *EHRC* 2007, 23, met nt. A.C. Hendriks (Trocier/Frankrijk); EHRM 2 juni 2009, *EHRC* 2009, 96, met nt. E.H. Hulst (Codarcea/Roemenië) en EHRM 15 januari 2013, *EHRC* 2013, 81, met nt. A.C. Hendriks (Csoma/Roemenië). Zie voorts over zelfbeschikking N.R. Koffeman (The right to) personal autonomy in the case law of the European Court of Human Rights, Voorstudie voor de Staatscommissie Grondwet, juni 2010.

Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie (Handvest EU). Artikel 3, tweede lid, Handvest EU bepaalt dat in het kader van de geneeskunde de vrije en geïnformeerde toestemming moet worden nageleefd.²⁹¹ Artikel 5 van het Verdrag inzake de rechten van de mens en de waardigheid van het menselijk wezen tot de toepassing van de biologie en de geneeskunde (Biogeneeskundeoverdrag) voorts bepaalt dat handelingen op het gebied van de gezondheidszorg alleen worden verricht nadat de betrokken persoon vrijwillig, op basis van verkregen informatie, zijn toestemming heeft gegeven.

Onder omstandigheden kan ook sprake zijn van een schending van het in artikel 3 EVRM neergelegde recht (niemand mag worden onderworpen aan onmenselijke of vernederende behandelingen, zie ook artikel 4 Handvest EU) en van een inbreuk of – bij een niet gelegitimeerde inbreuk – een schending van het in artikel 11 EVRM neergelegde recht (vrijheid van vereniging, zie ook artikel 12 Handvest EU) in samenhang gelezen met artikel 9 EVRM (vrijheid van godsdienst, zie ook artikel 10 Handvest EU).²⁹² Gedacht dient te worden aan de vrijheid om op basis van godsdienstige redenen behandeling te weigeren.²⁹³

Een voorbeeld van een inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht dat een schending van artikel 8 EVRM opleverde, betreft de zaak tegen de Poolse regering, in gang gezet door een Poolse patiënte. In geding was haar wens tot genetisch onderzoek van de vrucht waarvan zij zwanger was, teneinde te kunnen beslissen of zij en haar echtgenoot de zwangerschap zouden beëindigen. Deze wens was ingegeven door het vermoeden van een kind met een (ernstige) afwijking. Het EHRM overwoog als volgt: ‘196. (...) It was not access to abortion as such which was primarily in issue, but essentially timely access to a medical diagnostic service that would, in turn, make it possible to determine whether the conditions for lawful abortion obtained in the applicant’s situation or not. Hence, the starting point for the Court’s analysis is the question of an individual’s access to information about her or his health. 197. The right of access to such information falling within the ambit of the notion of private life can be said to comprise, in the Court’s view, on the one hand, a right to obtain available information on one’s condition. The Court further considers that during pregnancy the foetus’ condition and health constitute an element of the pregnant woman’s health (...). The effective exercise of this right is often decisive for the possibility of exercising personal autonomy, also covered by Article 8 of the Convention (...)

291 Zie ook HvJEG 9 oktober 2001, zaaknr. 377/98 (Nederland/Europees Parlement en Raad), rov. 70, 78-80.

292 Zowel artikel 11 EVRM als artikel 9 EVRM kent net als artikel 8 EVRM een toetsingskader, waarbij eerst wordt gezien of een inbreuk is gemaakt en vervolgens wordt gezien of de inbreuk te legitimeren valt. Zo neen, dan wordt tot een schending geconcludeerd.

293 EHRM 10 juni 2010, EHRC 2010, 89, met nt. J.H. Gerards (Jehova’s getuigen e.a./Rusland).

by deciding, on the basis of such information, on the future course of events relevant for the individual's quality of life (e.g. by refusing consent to medical treatment or by requesting a given form of treatment). (...) In the same vein, in the context of pregnancy, the effective access to relevant information on the mother's and foetus' health, where legislation allows for abortion in certain situations, is directly relevant for the exercise of personal autonomy.²⁹⁴

Een voorbeeld van een inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht dat een schending van artikel 3 EVRM opleverde, betreft een zaak waarin een patiënte met een Roma-achtergrond op 20-jarige leeftijd in strijd met een wens daartoe werd gesteriliseerd, nadat zij van een tweede kind was bevallen. Het EHRM overwoog als volgt: '2. The Court notes that the sterilisation procedure grossly interfered with the applicant's physical integrity as she was thereby deprived of her reproductive capability. At the time of her sterilisation the applicant was twenty years old and therefore at an early stage in her reproductive life. 3. The procedure was not an imminent necessity from a medical point of view. The applicant did not give her informed consent to it. Instead, she was asked to sign the typed words 'Patient requests sterilisation' while she was in a supine position and in pain resulting from several hours' labour. She was prompted to sign the document after being told by medical staff that she or her baby would die in the event of a further pregnancy. 4. Thus, the sterilisation procedure, including the manner in which the applicant was requested to agree to it, was liable to arouse in her feelings of fear, anguish and inferiority and to entail lasting suffering. As to the lastmentioned point in particular, the applicant experienced difficulties in her relationship with her partner and, later, husband as a result of her infertility. She cited her infertility as one of the reasons for her divorce in 2009. The applicant suffered serious medical and psychological after-effects from the sterilisation procedure, which included the symptoms of a false pregnancy and required treatment by a psychiatrist. Owing to her inability to have more children the applicant has been ostracised by the Roma community. 5. Although there is no indication that the medical staff acted with the intention of ill-treating the applicant, they nevertheless displayed gross disregard for her right to autonomy and choice as a patient. In the Court's view, the treatment to which she was subjected as described above attained the threshold of severity

294 EHRM 26 mei 2011, *EHRC* 2011, 109, met nt. A.C. Hendriks (R.R./Polen). Zie voor vergelijkbare voorbeelden in het kader van abortus: EHRM 20 maart 2007, *EHRC* 2007, 70, met nt. H.L. Janssen (Tysiāc/Polen) en EHRM 16 december 2010, *NJ* 2011, 216, met nt. E.A. Alkema (A, B, C/Ierland). Zie over zelfbeschikking en abortus ook N.R. Koffeman (The right to) personal autonomy in the case law of the European Court of Human Rights, Voorstudie voor de Staatscommissie Grondwet, juni 2010, p. 35-37.

required to bring it within the scope of Article 3. 6. There has therefore been a violation of Article 3 of the Convention on account of the applicant's sterilisation.²⁹⁵

Een en ander betekent dat de informatie moet worden gegeven op een wijze die tot begrip bij de individuele patiënt leidt.²⁹⁶ Bij de bepaling van het begripsvermogen mag de hulpverlener de achtergrond, de leeftijd en de opleiding van de patiënt meewegen, evenals de ervaring met of kennis van een bepaalde behandeling.²⁹⁷ Een belangrijk aspect bij het begrijpelijke overbrengen van informatie is de verificatie of de patiënt in staat is tot begrip; de cognitieve capaciteiten van patiënten nemen bijvoorbeeld af door angst en stress.²⁹⁸ Een ander belangrijk aspect bij het begrijpelijke overbrengen van informatie is het kiezen van een passend tijdstip en het nemen van tijd om de boodschap over te brengen.²⁹⁹ Sommige inlichtingen kunnen direct bij het aangaan van de overeenkomst worden gegeven, andere zijn afhankelijk van het voortschrijdend inzicht van de hulpverlener. Vaak zal sprake zijn van een proces van informeren, in plaats van een eenmalig moment.³⁰⁰ Vereist de soort geneeskundige behandeling dat de informatie (zeer) tijdig moet worden gegeven, dan is de hulpverlener gehouden dat tijdsaspect in acht te nemen, zo kan uit rechtspraak van het EHRM worden afgeleid.

295 EHRM 8 november 2011, *EHRC* 2012, 18, met nt. A.C. Hendriks (V.C./Slowakije). Zie voor een vergelijkbare zaak EHRM 12 juni 2012, zaaknr. 29518/10 (N.B./Slowakije).

296 Zie voor een voorbeeld Gerechtshof Amsterdam 24 mei 2011, *LJN* BQ7517 (meegeven patiëntenkaart onvoldoende) en Rechtbank Breda 2 februari 2011, *LJN* BP2954 (vertaling Engelse tekst). Bemerk de hulpverlener dat de patiënt de Nederlandse taal niet machtig is, dan zal hij gebruik moeten maken van een beëdigd tolk, dan wel van iemand anders die de Nederlandse taal en de taal van de patiënt beheerst. Ook een doventolk valt daaronder, Kamerstukken II 1990/91, 21561, nr. 6, p. 30 (MvA) en Kamerstukken II 1992/93, 21561, nr. 13 (Eindverslag). Zie de noodzaak tot de informatie in de moedertaal als heersende jurisprudentie bevestigd door het CTG 12 november 2009, zaaknr. 2008/189. Zie ook KNMG, Gedragsregels voor artsen, 2002, artikel II.2. Zie over dit onderwerp ook R.W.M. Giard, Aansprakelijkheid van artsen (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, p. 133 en KNMG, Implementatie WGBO – van wet naar praktijk, Deel 2, Informatie en toestemming, Utrecht: KNMG 2004, p. 45 en Centrum voor ethiek en gezondheid, Toekomstverkenning Ethiek en Gezondheid, Den Haag 2012, p. 16-17 (met name over competentie en mentale weerbaarheid van de patiënt in relatie tot de beschikbare informatie).

297 R.W.M. Giard, Aansprakelijkheid van artsen (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, p. 133.

298 R.W.M. Giard, Aansprakelijkheid van artsen (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, p. 133. Zie ook J.A.M. Schouten, Anamnese en advies, Houten: Bohn Stafleu van Loghum 2004, p. 132. Zie voor een voorbeeld Rechtbank 's-Gravenhage 22 december 2010, *LJN* BO9396, besproken door M.J.J. de Ridder, 'Kroniek rechtspraak civiel recht', *TvGr* 2011, nr. 8, p. 675-693. Zie voorts Rechtbank Arnhem 8 januari 1998, *TvGr* 1998, 23 en Gerechtshof Amsterdam 18 juli 1996, *TvGr* 1998, 19.

299 Kamerstukken II 1989/90, 21561, nr. 3, p. 11 (MvT) en B. Sluijters en M.C.I.H. Biesart, De geneeskundige behandelingsovereenkomst, Deventer: Kluwer, tweede druk, 2005, p. 19. Zie ook KNMG, Implementatie WGBO – van wet naar praktijk, Deel 2, Informatie en toestemming, Utrecht: KNMG 2004, p. 58.

300 Kamerstukken II 1989/90, 21561, nr. 3 (MvT) p. 30 en B. Sluijters en M.C.I.H. Biesart, De geneeskundige behandelingsovereenkomst, Deventer: Kluwer, tweede druk, 2005, p. 20.

Een voorbeeld betreft de eerder besproken zaak van de Poolse patiënte. Gezien de zwangerschapsduur was het van belang dat zij tijdig die informatie zou verkrijgen die haar in staat zou stellen te kiezen voor een afbreking van de zwangerschap. Uitstel zou betekenen dat een afbreking gezien de zwangerschapsduur onmogelijk werd.³⁰¹

Bij het tot stand komen van Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW is ervan uitgegaan dat de hulpverlener de inlichtingen veelal mondeling zal verstrekken. Met het oog op het kweken van begrip, zal de hulpverlener de patiënt eventueel schriftelijk moeten informeren als deze daar omwille van de begrijpelijkheid om vraagt.³⁰² Ook toestemming wordt doorgaans mondeling gegeven. Betreft het toestemming voor een verrichting van ingrijpende aard, dan heeft de patiënt ingevolge artikel 7:451 BW het recht op schriftelijke vastlegging van die toestemming.³⁰³

3.4.1.2 De inhoud van de informatie

In artikel 7:448, tweede lid, BW is door een opsomming van omstandigheden waarover de patiënt moet worden geïnformeerd nader inhoud gegeven aan de informatieplicht.³⁰⁴ Daarbij geldt dat de informatie zo ver dient te strekken als de patiënt redelijkerwijze³⁰⁵ in de concrete gegeven omstandigheden aan informatie nodig heeft om een beslissing te kunnen nemen over (instemming met) een geneeskundige behandeling.³⁰⁶ Voorstelbaar is dat eenvoudige of weinig ingrijpende handelingen een ander soort inlichting behoeven dan een gecompliceerde en/of ingrijpende behandeling of een behandeling waarvan de (negatieve) gevolgen voor de patiënt groot kunnen zijn.³⁰⁷ Een en ander wordt hieronder toegelicht.

Uit de wettekst van artikel 7:448, tweede lid, onder a, BW volgt dat de patiënt moet weten welke, voor het stellen van de diagnose, noodzakelijke onderzoeken nodig zijn en wat voor

301 EHRM 26 mei 2011, *EHRC* 2011, 109, met nt. A.C. Hendriks (R.R/Polen). Zie ook J. Legemaate, 'De informatierechten van de patiënt: te weinig en te veel', *Jaarrede Vereniging gezondheidsrecht* 2011, *TvGr* 2011, nr. 6, p. 478-486.

302 Kamerstukken II 1989/90, 21561, nr. 3, p. 11 (MvT).

303 Kamerstukken II 1990/91, 21561, nr. 6, p.30 (MvA) en Kamerstukken II 1991/92, 21561, nr. 11, p. 21 (Nadere MvA).

304 Het tweede lid is ingevoerd na een amendement daartoe: Kamerstukken II 1993/94, 21561, nr. 21 (Amendement van het lid Kohnstamm).

305 Kamerstukken II 1993/94, 21561, nr. 21 (Amendement van het lid Kohnstamm).

306 B. Sluijters en M.C.I.H. Biesart, *De geneeskundige behandelingsovereenkomst*, Deventer: Kluwer, tweede druk, 2005, p. 21. Zie ook HR 23 november 2001, *NJ* 2002, 386 en 387, met nt. J.B.M. Vranken en bijvoorbeeld Rechtbank Maastricht 28 januari 2004, *LJN* AO2581. In overeenstemming daarmee is het oordeel van het Gerechtshof Amsterdam 12 maart 2013, *LJN* BZ6703, rov. 3.6, inhoudende dat informatie die irrelevant is voor de (vervolg)behandeling niet aan de patiënt hoeft te worden gegeven.

307 Zie dit als heersende jurisprudentie bevestigd door het CTG 12 november 2009, zaaknr. 2008/189.

soort onderzoeken het betreft.³⁰⁸ De patiënt moet eveneens worden geïnformeerd over de mate waarin de onderzoeken de hulpverlener zekerheid kunnen bieden en waarover. Sommige handelingen – zoals het wegscheren van haren voor een operatie of het geven van een injectie ter voorbereiding van een operatie –³⁰⁹ liggen daarentegen zo voor de hand, dat informeren met het oog op het verkrijgen van toestemming niet nodig is: toestemming mag worden verondersteld. De wettelijke basis hiervoor is gelegen in artikel 7:466, tweede lid, BW, dat bepaalt dat toestemming mag worden verondersteld te zijn gegeven, indien de desbetreffende verrichting ‘niet van ingrijpende aard’ is. Of een verrichting niet ingrijpend is, hangt af van de omstandigheden van het geval.³¹⁰ Bij de afweging zal niet alleen moeten worden gekeken naar de verrichting in de zin van een technische handeling, maar ook naar datgene wat met de verrichting wordt beoogd of wat daarvan het gevolg kan zijn.³¹¹

Tijdens een operatie kan blijken dat een andere ingreep noodzakelijk is, bijvoorbeeld door een complicatie,³¹² of omdat een pathologie wordt aangetroffen die eerder dient te worden behandeld.³¹³ Indien een dergelijke, niet algemeen bekende verrichting, kan worden *voorzien*, dan zal de patiënt vooraf moeten worden geïnformeerd over de noodzakelijke verrichting en om toestemming moeten worden gevraagd. Wanneer niet kan worden voorzien dat een andere verrichting noodzakelijk is, dan zal de hulpverlener tijdens de ingreep de keuze moeten maken tussen doorgaan of de patiënt informeren en toestemming vragen. Indien een nadere of andere ingreep niet zonder ernstig nadeel voor de patiënt kan worden nagelaten, dan zal het belang van de patiënt bij informatie vóór af behoren te worden ach-

308 Hetzelfde is bepaald in artikel 5 van het Verdrag inzake de rechten van de mens en de biogeneeskunde.

309 H.J.J. Leenen, J.K.M. Gevers en J. Legemaate, *Handboek gezondheidsrecht*, Deel I, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, vijfde geheel herziene druk, 2011, p. 205.

310 H.J.J. Leenen, J.K.M. Gevers en J. Legemaate, *Handboek gezondheidsrecht*, Deel I, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, vijfde geheel herziene druk, 2011, p. 205-206 en de daar genoemde jurisprudentie. Zie ook B. Sluijters en M.C.H.I. Biesart, *De geneeskundige behandelingsovereenkomst*, Deventer: Kluwer, tweede druk, 2005, p. 38, alsmede D.S. Rambocus, *Medisch-Juridische causaliteit* (diss. Utrecht), Utrecht 1999, p. 198 en 199, met verwijzing naar T. Vanswevelt, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis* (diss. Antwerpen), Antwerpen: Maklu 1991, p. 56-261.

311 Een hielprik is niet ingrijpend, maar heeft wel grote gevolgen en is dus ingrijpend van aard, Kamerstukken II 1989/90, 21561, nr. 3, p. 49 (MvT). Zie voor een nadere uitwerking: Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* 2009, nr. 419 en 426; H.J.J. Leenen, J.K.M. Gevers en J. Legemaate, *Handboek gezondheidsrecht*, Deel I, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, vijfde geheel herziene druk, 2011, p. 206; D.S. Rambocus, *Medisch-Juridische causaliteit* (diss. Utrecht), Utrecht 1999, p. 198-200, met verwijzing naar T. Vanswevelt, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis* (diss. Antwerpen), Antwerpen: Maklu 1991, p. 56-261.

312 Zie bijvoorbeeld Rechtbank Zutphen 6 juli 2011, *LJN* BR0785.

313 D.S. Rambocus, *Medisch-Juridische causaliteit* (diss. Utrecht), Utrecht 1999, p. 198 en 199.

tergesteld bij het belang dat met de ingreep zonder toestemming is gediend.³¹⁴ De wettelijke grondslag daarvoor is artikel 7:466, eerste lid, BW.³¹⁵

Een voorbeeld van een situatie waarin de patiënt vooraf had behoren te worden geïnformeerd betreft het geval van een uterusextirpatie met medeneming van de ovaria, zoals past in het kader van de transseksualiteitsbehandeling. Bij deze behandeling was sprake van een voorzienbaar risico op een tweede operatie met mogelijk een snede in de buikwand. De patiënt stelde dat hem deze laatste informatie niet was gegeven. De Rechtbank Zwolle oordeelde dat, indien vast zou komen te staan dat deze informatie niet was gegeven, er inderdaad sprake zou zijn van afwezigheid van informed consent.³¹⁶

Uit artikel 7:448, tweede lid, onder b, BW volgt dat de patiënt moet worden geïnformeerd over de gevolgen van de behandeling en de risico's die daarmee gepaard gaan.³¹⁷ De hulpverlener moet de patiënt informeren over de normale, voorzienbare risico's van de behandeling, zoals die bestaan in het licht van de stand van de wetenschap van dat moment.³¹⁸ Dit geldt ook voor de risico's (bijwerkingen) die van bepaalde geneesmiddelen, bloedpreparaten en dergelijke uitgaan,³¹⁹ evenals de te verwachten mate van pijn.³²⁰ De hulpverlener heeft evenwel een zekere vrijheid om de patiënt niet over een bepaald risico te informeren. In zijn algemeenheid kan niet worden gezegd waar het omslagpunt ligt en waarover de patiënt nog wel of niet meer hoeft te worden ingelicht.³²¹ Wel blijkt uit de rechtspraak op dit punt dat de hulpverlener een relatie mag leggen met de *grootte van de kans* op verwezenlijking van het risico; over zeer weinig voorkomende risico's van noodzakelijke behandelingen hoeft de patiënt niet te worden ingelicht en evenmin over een risico dat, naar algemeen bekend is, bij elke behandeling aanwezig is.³²² In die gevallen

314 Kennelijk ernstig nadeel zijn ernstige gevolgen voor de gezondheidssituatie van de patiënt en/of toekomstige kwaliteit van het leven: C.P.M. Akerboom e.a., Thematische Wetsevaluatie wilsonbekwaamheid en vertegenwoordiging, Den Haag: Zonmw 2011, p. 69 met verwijzing naar andere literatuur.

315 Zie voorts B. Sluijters en M.C.H.I. Biesart, De geneeskundige behandelingsovereenkomst, Deventer: Kluwer, tweede druk, 2005, p. 160-161.

316 Rechtbank Zwolle 10 december 2003, *LJN* AN9850. Zie voor een voorbeeld ook Rechtbank Amsterdam 19 juni 1996, *VR* 1997, 106.

317 Hetzelfde is bepaald in artikel 5 van het Verdrag inzake de rechten van de mens en de biogeneeskunde.

318 Zie bijvoorbeeld RTG Amsterdam 8 september 2009, zaaknr. 08136.

319 Rechtbank 's-Gravenhage 16 november 1972, *NJ* 1973, 132 en Gerechtshof Amsterdam 28 april 1994, *TvGr* 1994, 61. Zie voor de informatieplicht en het gevaar op Aidsbesmetting dat van bloedpreparaten kan uitgaan Gerechtshof Amsterdam 11 mei 1995, *NJkort* 1995, 41 en Gerechtshof Amsterdam 19 maart 1998, *NJ* 1998, 920.

320 RTG 's-Gravenhage 17 november 2009, zaaknr. 2007t169.

321 Zie ook KNMG, Implementatie WGBO – van wet naar praktijk, Deel 2, Informatie en toestemming, Utrecht: KNMG 2004, p. 37.

322 Zie voor een voorbeeld Rechtbank Arnhem 25 juni 1992, *TvGr* 1993, 12 (infectierisico).

wordt er vanuit gegaan dat de patiënt voldoende weet om in te stemmen met de geneeskundige behandeling. Zou de patiënt te veel en te gedetailleerd geïnformeerd worden, dan zou dit ten onrechte – immers te veel ingegeven door angst – kunnen leiden tot een weigering van de behandeling.³²³

In het geval bijvoorbeeld van een patiënte bij wie ernstige complicaties optraden die tot een amputatie van het onderbeen leidden, werd door het Gerechtshof Arnhem geoordeeld dat het risico op een amputatie zo zelden voorkomt dat dit niet aan de patiënt hoefde te worden genoemd. Het noemen van een uiterste consequentie van een medische handeling schrikt de patiënt af, verwacht hem en maakt hem niet in staat het relatieve van een zeer klein percentage op juiste waarde te schatten, aldus het hof.³²⁴

Voorts blijkt uit de rechtspraak dat naarmate het risico dat aan de behandeling verbonden is verstrekken gevolgen heeft, een informatieplicht sneller wordt aangenomen. Het gaat dus niet alleen om de kans dat het risico zich verwezenlijkt, maar ook om de *ernst van het nadeel* als het zich realiseert.³²⁵

Dit blijkt bijvoorbeeld uit het oordeel van de Rechtbank Roermond. In het geval van het risico van ischiadicus-letsel na een heupoperatie kwam vast te staan dat zich dit in circa 0,5 tot 2% van de gevallen verwezenlijkt. Naar het oordeel van de rechtbank was dit percentage, gezien de mogelijkheid van totale uitval van de nervus ischiadicus (de aard van het risico), niet zodanig verwaarloosbaar klein dat gezegd kon worden dat de chirurg de patiënt in redelijkheid niet op dit risico had moeten wijzen.³²⁶

323 Zie echter J. Legemaate, Patiëntveiligheid en patiëntenrechten (oratie Amsterdam), Houten: Bohn Stafleu van Loghum, 2006, p. 10-11, waaruit blijkt dat patiënten behoefte hebben aan gedetailleerde informatie.

324 Gerechtshof Arnhem 27 juli 1999, VR 2001, 21. Vergelijk voorts Gerechtshof Amsterdam 28 september 2000, TvGr 2002, nr. 71 (eveneens amputatie been); Gerechtshof 's-Hertogenbosch 9 februari 2010, JA 2010, 60, met nt. R.W.M. Giard en Rechtbank Roermond 20 april 2004, LJN AT4028.

325 Gerechtshof Arnhem 27 juli 1999, VR 2001, 21; Rechtbank Haarlem 9 augustus 1994, TvGr 1996, nr. 28; RTG Zwolle 10 november 1984, TvGr 1985, nr. 28 en Gerechtshof 's-Hertogenbosch 9 februari 2010, JA 2010, 60, met nt. R.W.M. Giard. Zie ook D.A. Legemaate en J. Legemaate, 'Het preoperatief informed consent, NTvG 2010; 154:A2492.

326 Rechtbank Roermond 6 december 2001, LJN AD6905. Zie voor een voorbeeld van informeren over ernstige gevolgen (risico op overlijden) van een beenmergtransplantatie CTG 12 november 2009, zaaknr. 2008/189. Zie voor een voorbeeld ook Rechtbank Amsterdam 28 augustus 1996, VR 1997, 107. Zie voor een voorbeeld van geringe gevolgen Rechtbank Zwolle 14 juli 2010, LJN BO4400.

Ook de medische noodzaak van de behandeling is van belang voor de mate waarin de hulpverlener de patiënt op risico's moet wijzen.³²⁷ Een behandeling zonder medische noodzaak is bijvoorbeeld een esthetische behandeling, een geslachtsverandering en een sterilisatie.³²⁸

In de praktijk blijkt het moeilijk te bepalen welk risico wel en niet moet worden meege-deeld.³²⁹ Uit de jurisprudentie blijkt van nogal wat geschillen op dit punt.

Uit artikel 7:448, tweede lid, onder c, BW volgt dat de patiënt dient te worden geïnformeerd over andere methoden van onderzoek of behandeling die in aanmerking komen. Als alternatief kan ook worden gedacht aan niet behandelen. De hulpverlener is echter niet verplicht om informatie te verschaffen over een alternatief waarvan de waarde gezien de stand van de wetenschap onvoldoende bewezen is.³³⁰ Hetzelfde geldt voor een alternatief dat niet passend is te noemen.³³¹ Wel dient de hulpverlener de patiënt te informeren over de experimentele fase waarin de door hem voorgestelde behandeling verkeert of het feit dat de behandeling niet conventioneel is of niet algemeen maatschappelijk aanvaard.³³² Alternatieve genezers dienen hun patiënten zo nodig te informeren over de beperkingen en over het alternatieve karakter van hun therapie.³³³

Uit artikel 7:448, tweede lid, onder d, BW tot slot volgt dat de patiënt moet worden geïn-formeerd over de ziekte zelf (mogelijke diagnose), de oorzaak, de eventuele besmettelijkheid,

327 Strengere eisen: Gerechtshof Arnhem 10 juli 1990, *TvGr* 1991, 78; Rechtbank Zwolle 14 juli 2010, *LJN* BO4400; Rechtbank Rotterdam 15 juli 2009, *LJN* BJ3702 en Rechtbank Rotterdam 24 november 2010, *LJN* BO7879. Zie uiteenlopend over strengere eisen in geval van sterilisatie Rechtbank Leeuwarden 1 maart 1984, *NJ* 1986, 334; Rechtbank Arnhem 4 juni 1992, *TvGr* 1993, nr. 29; Rechtbank Dordrecht 21 juni 1995, *TvGr* 1996, nr. 11; Rechtbank Zwolle 6 juni 2001, *LJN* AB2389 en Rechtbank Haarlem 2 juli 2008, *LJN* BD8290.

328 B. Sluijters en M.C.I.H. Biesart, *De geneeskundige behandelingsovereenkomst*, Deventer: Kluwer, tweede druk, 2005, p. 25 en de daar genoemde jurisprudentie.

329 IGZ, *De Staat van de Gezondheidszorg* 2006, p. 10 en 31 en Advies Raad voor de Volksgezondheid en Zorg aan de minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, 'De patiënt beter aan zet met een Zorgconsumentenwet?', Den Haag 2006, p. 26.

330 CTG 19 april 2007, zaaknr. 2005/189 en Rechtbank 's-Hertogenbosch 22 februari 2012, *LJN* BV6856. Maar zie Gerechtshof Amsterdam 19 februari 1998, *TvGr* 1998, nr. 48 wel informeren over profylactische behandelingsvorm van slokdarmspataderen ook al wordt het nuttig effect betwijfeld.

331 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 3 februari 2009, *LJN* BH8603; Rechtbank Amsterdam 28 augustus 1996, *VR* 1997, 107; Rechtbank 's-Hertogenbosch 22 februari 2012, *LJN* BV6856. Zie voorts KNMG, Implementatie WGBO – van wet naar praktijk, Deel 2, Informatie en toestemming, Utrecht: KNMG 2004, p. 38.

332 Gerechtshof Leeuwarden, 19 december 2007, *LJN* BC1632; CTG 8 mei 2012, *LJN* YG199; Rechtbank Breda 2 februari 2011, *LJN* BP2954 en RTG Amsterdam 12 mei 2009, zaaknr. 2008.078.

333 B. Sluijters en M.C.I.H. Biesart, *De geneeskundige behandelingsovereenkomst*, Deventer: Kluwer, tweede druk, 2005, p. 24 en de daar genoemde jurisprudentie. Zie ook Rechtbank Amsterdam 12 juni 2009, *LJN* BI7370 en BI7422 (Millecam) na bevelen strafvervolgung door Gerechtshof Amsterdam op 9 april 2008, *LJN* BC9170, alsmede CTG 19 juni 2007, zaaknrs. 2006/137, 2006/138, 2006/139, 2006/140 en 2006/141. Zie ook RTG Eindhoven 9 januari 2008, zaaknr. 2007.157.

het te verwachten ziekteproces en het proces van genezing.³³⁴ Over de prognose zal de hulpverlener in het ene geval explicieter kunnen zijn dan in een ander geval. Eveneens zal de patiënt moeten worden geïnformeerd over het medicijngebruik en de eventuele bijwerkingen, leefregels, of een bepaald dieet. De informatie moet worden verstrekt telkens wanneer de situatie daartoe aanleiding geeft.³³⁵

Zie voor een voorbeeld van de plicht tot het informeren van de patiënt over de diagnose een uitspraak van de Rechtbank Utrecht. De rechtbank overwoog als volgt: ‘De rechtbank is van oordeel dat, nu de situatie van eiseres volgens gedaagde, op basis van de anamnese en de MRI-scan, kón duiden op MS, hij de diagnose “vermoedelijk MS” ook aan eiseres had moeten meedelen. De omstandigheid dat het, zoals gedaagde aanvoert “slechts” een verdenking betreft en het op dat moment nog een onzekere diagnose is, maakt dit niet anders. De rechtbank ziet namelijk niet in op grond waarvan onderscheid gemaakt zou moeten worden tussen de diagnose “vermoedelijk MS” en “zeker MS”. Immers, in beide gevallen betrof het belangrijke informatie over de gezondheidstoestand van een patiënt. De patiënt dient daarover te worden geïnformeerd.’³³⁶

De wettekst geeft geen aanleiding te veronderstellen dat de patiënt niet ook over andere punten moet worden geïnformeerd. Voorbeelden van omstandigheden die mogelijk onder de informatieplicht vallen zijn een van de goedgekeurde begroting (met behandelcodes) afwijkend tarief,³³⁷ een uitblijvende vergoeding van behandeling door de ziektekostenverzekeraar,³³⁸ de naam van de hulpverlener en diens kennis en ervaring,³³⁹ evenals instructies die ‘telezorg’ betreffen, een vorm van *e-health* waarbij de patiënt thuis wordt verzorgd met toepassing van informatie- en communicatietechnologie (ICT).³⁴⁰ Het feit dat een arts in

334 Zie ook R.W.M. Giard, Aansprakelijkheid van artsen (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, p. 141. Zie voor voorbeelden Rechtbank Middelburg 23 februari 2000, *LJN* AA5605 en Rechtbank Breda 2 februari 2011, *LJN* BP2954.

335 Kamerstukken II 1989/90, 21651, nr. 3, p. 11 (MvT).

336 Rechtbank Utrecht 15 juni 2011, *TvGr* 2011, nr. 31. Zie voor een voorbeeld ook RTG 's-Gravenhage 7 februari 2012, *LJN* YG1786.

337 Rechtbank Haarlem 22 september 2010, *LJN* BO9229.

338 Kamerstukken II 1990/91, 21561, nr. 6, p. 57 (MvA). Zie ook KNMG, Implementatie WGBO – van wet naar praktijk, Deel 2, Informatie en toestemming, Utrecht: KNMG 2004, p. 39. Zie voor een voorbeeld van een zaak waarin werd geoordeeld dat het ziekenhuis de wettelijk vertegenwoordiger van de patiënt niet hoefde te wijzen op een verzekeringsplicht Rechtbank 's-Gravenhage 23 november 2011, *LJN* BX6364. Deze plicht kan te meer klemmen in een klimaat van stijgende kosten van gezondheidszorg; zie over de stijging van de kosten bijvoorbeeld Centrum voor ethiek en gezondheid, Toekomstverkenning Ethiek en Gezondheid, Den Haag, 2012.

339 Rechtbank Maastricht 13 december 2010, *LJN* BO7650.

340 Zie uitvoeriger M.C. Ploem, '(Thuis)zorg op afstand in juridisch perspectief', *TvGr* 2008, nr. 5, p. 312-327. Zie ook KNMG, Richtlijn online arts- patiënt, 2007 en S. Callens, 'Recente juridische ontwikkelingen inzake onlinecontact arts-patiënt in Nederland en België', *TvGr* 2006, nr. 4, p. 266-75.

opleiding is, hoeft niet te worden vermeld, nu deze onder supervisie zal staan van een ervaren arts en aldus (kennelijk) niet van invloed wordt geacht op de toestemming van de patiënt.³⁴¹ Een omstandigheid die evenmin hoeft te worden vermeld, sterker niet mag worden vermeld, is het therapeutisch gebruik van een placebo.³⁴²

Een veelbesproken onderwerp is de plicht van de hulpverlener om informatie te verschaffen over een door de hulpverlener gemaakte fout, waarbij ‘fout’ gedefinieerd wordt als een verwijtbare onjuist of onzorgvuldig uitgevoerde geneeskundige behandeling.³⁴³ Dat de plicht bestaat de patiënt te informeren over een fout staat voorop.³⁴⁴ Niet zozeer omdat de informatie relevant is voor het geven van toestemming – die is immers al gegeven – maar wel om te voorkomen dat de patiënt ten opzichte van de arts een informatieachterstand heeft waar het zijn gezondheid betreft en om te voorkomen dat de patiënt nadere schade oploopt.³⁴⁵ Bovendien wordt aangenomen dat tijdige openheid een boze patiënt en (dus) procedures voorkomt.³⁴⁶ In de praktijk blijkt echter dat deze informatie niet altijd wordt

341 B. Sluijters en M.C.I.H. Biesart, *De geneeskundige behandelingsovereenkomst*, Deventer: Kluwer, tweede druk, 2005, p. 23 en de daar genoemde jurisprudentie.

342 Kamerstukken II 1989/90, 21561, nr. 3, p. 30 (MvT).

343 Ook: verkeerd handelen, zie bijvoorbeeld De Letselschaderaad, *Gedragscode Openheid Medische incidenten; betere afwikkeling Medische Aansprakelijkheid (GOMA)*, Den Haag maart 2012, p.14. Zie nader hoofdstuk 2, par. 2.3.

344 Zie J. Legemaate, *Patiëntveiligheid en patiëntenrechten* (oratie Amsterdam), Houten: Bohn Stafleu van Loghum, 2006; J. Legemaate, ‘Recht op informatie over fouten van artsen’, *TVP* 2007, nr. 1, p. 1-4; J. Legemaate, ‘Patiëntveiligheid en patiëntenrechten’, *MC* 12 mei 2006 (61) nr. 19, p. 784-787; KNMG, *Omgaan met incidenten, fouten en klachten: wat mag van artsen worden verwacht?*, april 2007; CBO Kwaliteitsinstituut voor de gezondheidszorg, *Klachtenrichtlijn gezondheidszorg*, Alphen aan den Rijn: Uitgever Van Zuiden 2004, p. 148-150 (aanbeveling 2C); De Letselschaderaad, *Gedragscode Openheid Medische incidenten; betere afwikkeling Medische Aansprakelijkheid (GOMA)*, Den Haag maart 2012, p. 14 en J.L. Smeehuijzen, K.A.P.C. van Wees, A.J. Akkermans, J. Legemaate, S. van Buschbach en J.E. Hulst (VU Amsterdam), *Opvang en schadeafwikkeling bij onbedoelde gevolgen van medisch handelen*, 2013, p. 1, 14-15 met verwijzing naar internationale literatuur waaronder E. O’Connor e.a., ‘Disclosure of patient safety incidents: a comprehensive review’, *International Journal for Quality in Health Care* 2010, vol. 22, no. 5, p. 371-379. Zie voor een voorbeeld uit de rechtspraak Rechtbank Amsterdam 7 januari 2009, *L&S* 2010, 77 (de rechtbank verhoogde de vergoeding van de immateriële schade omdat de arts de fout niet had gemeld).

345 R.W.M. Giard, *Aansprakelijkheid van artsen* (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, p. 135; J. Legemaate, ‘Recht op informatie over fouten van artsen’, *TVP* 2007, nr. 1, p. 1-4; D.A. Legemate en J. Legemaate, ‘Het preoperatief informed consent’, *NTvG* 2010; 154:A2492 en KNMG, *Implementatie van de WGBO van wet naar praktijk – Deel 2, Informatie en toestemming*, Utrecht: KNMG 2004, p. 10.

346 R.M.E. Huver e.a., *Slachtoffers en aansprakelijkheid*, Deel I: *Terreinverkenning*, Amsterdam, Vrije Universiteit, WODC, Den Haag 2007, p. 28 en 50; H.J.J. Leenen, J.K.M. Gevers en J. Legemaate, *Handboek gezondheidsrecht*, Deel I, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, vijfde geheel herziene druk, 2011, p. 196-197; R.W.M. Giard, *Aansprakelijkheid van artsen* (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, p. 144-149; J. Legemaate ‘Recht op informatie over fouten van artsen’, *TVP* 2007, nr. 1, p. 1-4 met verwijzing naar onderzoeksresultaten uit Amerikaans onderzoek; D.A. Legemate en J. Legemaate, ‘Het preoperatief informed consent’, *NTvG* 2010; 154:A2492; De Letselschaderaad, *Gedragscode Openheid Medische incidenten; betere afwikkeling Medische Aansprakelijkheid (GOMA)*, Den Haag maart 2012; A. van Bon en H. Molendijk, *Als het misgaat*, Zwolle: Centrum patiëntveiligheid Isala, 2009; J.L. Smeehuijzen, K.A.P.C. van Wees, A.J. Akkermans, J. Legemaate, S. van Buschbach en J.E. Hulst (VU Amsterdam), *Opvang en schadeafwikkeling*

gegeven.³⁴⁷ Het moeten toegeven dat er een fout is gemaakt, is voor de hulpverlener (om verscheidene redenen) vaak moeilijk, wat kan uitmonden in een blijvende ontkenning van de fout door de hulpverlener.³⁴⁸ Voorstelbaar is echter dat dit negatieve gevolgen heeft voor niet alleen de relatie tussen de hulpverlener en de patiënt, maar ook voor het leveren van het bewijs van een fout, waarop in het volgende hoofdstuk nader wordt ingegaan.

Van het informeren over fouten of over een situatie ‘waarbij het niet is gegaan zoals had gemoeten’, moet worden onderscheiden het erkennen van (juridische) aansprakelijkheid door de hulpverlener.³⁴⁹ In de met de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar gesloten verzekeringsovereenkomst is doorgaans het verbod tot erkenning van aansprakelijkheid neergelegd.³⁵⁰ Dit is toegestaan om de belangen van de verzekeraar te waarborgen, zij het dat verbod niet mag tornen aan het recht van de patiënt om te worden geïnformeerd over fouten of over

bij onbedoelde gevolgen van medisch handelen, 2013, p. 12 en J.L. Smeehuijzen en A.J. Akkermans, Medische aansprakelijkheid: over grote problemen, haalbare verbeteringen en overschatten revoluties, Preadvies Vereniging voor Gezondheidsrecht, Den Haag: Sdu Uitgevers, 2013, p. 24-28. Zie ook Aanhangsel van de Handelingen II 2005/06, nr. 1594.

347 VvAA trendonderzoek onder zorgaanbieders, Wat geld(t) in de zorg?, derde editie oktober 2011, p. 10; IGZ, De Staat van de Gezondheidszorg 2006, p. 10 en 31; Advies Raad voor de Volksgezondheid en Zorg aan de minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, ‘De patiënt beter aan zet met een Zorgconsumentenwet?’, Den Haag 2006, p. 26; J.J.M. van Dijk en F. van Mierlo, Leemten in de slachtofferhulpverlening: Resultaten van een verkennend, kwalitatief onderzoek onder verschillende categorieën gedupeerden van ingrijpende gebeurtenissen, Tilburg 2009, p. 70, 73, 81-82 en 114; J.L. Smeehuijzen, K.A.P.C. van Wees, A.J. Akkermans, J. Legemaate, S. van Buschbach en J.E. Hulst (VU Amsterdam), Opvang en schadeafwikkeling bij onbedoelde gevolgen van medisch handelen, 2013, p. 15-18 en J.L. Smeehuijzen en A.J. Akkermans, Medische aansprakelijkheid: over grote problemen, haalbare verbeteringen en overschatten revoluties, Preadvies Vereniging voor Gezondheidsrecht, Den Haag: Sdu Uitgevers 2013, p. 29.

348 J.J.E. van Everdingen e.a., Smetten op de witte jas, Overveen/Amsterdam: Uitgeverij Belvédère/Boom 1994, p. 272; A. van Bon en H. Molendijk, Als het misgaat, Zwolle: Centrum patiëntveiligheid Isala 2009; CBO Kwaliteitsinstituut voor de gezondheidszorg, Dit nooit meer, Utrecht 2009; L. de Vries, ‘Dit nooit meer, maar hoe dan?’, MC 25 februari 2010 (65) nr. 8; J.J.M. van Dijk en F. van Mierlo, Leemten in de slachtofferhulpverlening: Resultaten van een verkennend, kwalitatief onderzoek onder verschillende categorieën gedupeerden van ingrijpende gebeurtenissen, Tilburg 2009, p. 75-76 en J.L. Smeehuijzen, K.A.P.C. van Wees, A.J. Akkermans, J. Legemaate, S. van Buschbach en J.E. Hulst (VU Amsterdam), Opvang en schadeafwikkeling bij onbedoelde gevolgen van medisch handelen, 2013, p. 13 en 19-23 met verwijzing naar internationale literatuur waaronder E. O’Connor e.a., ‘Disclosure of patient safety incidents: a comprehensive review’, *International Journal for Quality in Health Care* 2010, vol. 22, no. 5, p. 371-379; G.E. Linthorst e.a., ‘What contributes to internists’ willingness to disclose medical errors?’, *The Netherlands Journal of Medicine (special article)*, juni 2012, vol. 70, no. 5, p. 242-248; R. Iedema, ‘What prevents incident disclosure and what can be done to promote it?’, *The Joint Commission Journal on Quality and Patient Safety* 2011, vol. 3, no. 9, p. 409-417 en L.C. Kaldjian, ‘An empirically derived taxonomy of factors affecting physicians’ willingness to disclose medical errors’, *Journal of General Internal Medicine* 2006, vol. 21, no. 9, p. 942-948.

349 Zie voor een uitwerking hoofdstuk 8, par. 8.2.2.1.

350 Zie ook de website van de grootste beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar MediRisk B.A. <www.medirisk.nl>.

feitelijke aangelegenheden betreffende de uitvoering van de geneeskundige behandeling.³⁵¹

Een discussiepunt dat in het verlengde van de informatieplicht over een fout ligt, behelst het informeren van de patiënt over de (inhoud van) de zogeheten ‘meldingen incidenten patiëntenzorg’ (MIP-melding).³⁵² Om de patiëntveiligheid te verbeteren, is het van belang om bij een MIP-commissie incidenten te melden, de incidenten te analyseren, en zo nodig verbetermaatregelen te treffen.³⁵³ Om hulpverleners er niet van te weerhouden om incidenten te melden (wat aan de goede werking van het systeem tot verbetering van de kwaliteit in de weg zou staan), moet de hulpverlener het incident waar hij bij betrokken is, ‘veilig’ kunnen melden. Deze veiligheid wordt gewaarborgd door de gemelde informatie intern te houden.³⁵⁴ De noodzaak tot bescherming van het belang van de hulpverlener bij het intern houden van de informatie leidt er doorgaans toe dat de informatie niet aan de patiënt wordt verstrekt;³⁵⁵ met het informeren van de patiënt over de inhoud van de MIP-melding kan die veiligheid in het gedrang komen. De patiënt moet dan ook doorgaans genoeg nemen met de – de aard en toedracht van het incident betreffende – feiten die hem door de hulpverlener zijn verteld, maar is daarbij dus afhankelijk van de openheid van de hulpverlener. Zoals hiervoor werd beschreven, is de bereidheid om open te zijn over gebeurtenissen met schade tot gevolg niet groot en uit onderzoek blijkt dat sprake is

351 Zie ook J. Legemaate, ‘Recht op informatie over fouten van artsen, TVP 2007, nr. 1, p. 1-4; KNMG, Omgaan met incidenten, fouten en klachten: wat mag van artsen worden verwacht?, april 2007 en Aanhangel van de Handelingen II 2005/06, nr. 1594.

352 Ook veilig incident melden (VIM-melding) genoemd. Voorheen FONA (Fouten, Ongevallen en Near Accidents).

353 Zie onder meer J. Legemaate, Patiëntveiligheid en Patiëntenrechten (oratie Amsterdam), Houten: Bohn Stafleu van Loghum 2006. Zie voor de plicht te melden ook het Model Toelatingsovereenkomst 2011, een model dat de relatie tussen de Raad van bestuur van het ziekenhuis regelt en de toegelaten arts. Zie voor deze plicht voorts RTG ’s-Gravenhage 7 februari 2012, L/JN YG1786.

354 Zie uitvoeriger over dit onderwerp J. Legemaate, I. Christiaans-Dingelhoff, R.M.S. Doppegieter en R.P. de Roode, Veilig incidenten melden-Contex en randvoorwaarden, Houten: Bohn Stafleu 2006; H. Molendijk, J. Legemaate en I. Leistikow, ‘Veilig melden moet in de wet’, MC 8 februari 2008 (63) nr. 6 en KNMG e.a., Beleidsdocument Veilig melden, Den Haag 1 februari 2007. Zie uitvoeriger over dit onderwerp J. Legemaate, I. Christiaans-Dingelhoff, R.M.S. Doppegieter en R.P. de Roode, Veilig incidenten melden-Contex en randvoorwaarden, Houten: Bohn Stafleu van Loghum 2006; H. Molendijk, J. Legemaate en I. Leistikow, ‘Veilig melden moet in de wet’, MC 8 februari 2008 (63) nr. 6 en KNMG e.a., Beleidsdocument ‘Veilig melden’, Den Haag 1 februari 2007.

355 Zie bijvoorbeeld Rechtbank Arnhem 8 juli 2009, TvGr 2009, nr. 32, met nt. W.R. Kastelein en Gerechtshof Leeuwarden 9 december 2008, NJ 2009, 200, met nt. J. Legemaate en JA 2009, 30 met nt. J.P.M. Simons. De belangenafweging vloeit voort uit artikel 8 EVRM: inbreuk op het uit artikel 8 EVRM voortvloeiende recht om de beschikking te hebben over ‘personal information relating to a patient’ is toegestaan bij wet, in dit geval de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp). Zie ook artikel 8 Handvest EU. Artikel 43e Wbp kent de mogelijkheid om informatie niet aan de patiënt te verstrekken wanneer dit noodzakelijk is ter bescherming van rechten en vrijheden van anderen. Zie uitvoeriger hoofdstuk 8, par. 8.2.5. Zie ook C.J.P. Wijnakker, ‘Omgaan met medische informatie in overeenstemming met artikel 8 EVRM’, VR 2012, nr. 11, p. 398-405.

van een ondermelding als het gaat om incidenten.³⁵⁶ Een andere optie is dat de patiënt wordt geïnformeerd over de feiten die blijken uit het intern onderzoek door de MIP-commissie; in dat geval blijft de anonimiteit van de melder gewaarborgd.³⁵⁷ Opnieuw speelt echter de afhankelijkheid van de (on)welwillendheid van het ziekenhuis en/of de MIP-commissie om deze feiten te verstrekken.

Het is overigens niet uitgesloten dat de rechter in een procedure op grond van artikel 22 Rv de hulpverlener beveelt de MIP-melding in het geding te brengen als daar naar zijn oordeel redenen voor zijn. Een dergelijke reden kan zijn gelegen in het feit dat de identiteit van de melder al bekend is. De waarborg van anonimiteit van de melder speelt dan immers geen rol meer. Zie voor een voorbeeld het oordeel van de Rechtbank Arnhem in die zin.³⁵⁸

3.4.1.3 Uitzonderingen op de informatieplicht

Op de informatieplicht zijn expliciet uitzonderingen gemaakt voor bijzondere situaties. In die gevallen leidt het niet nakomen van de informatieplicht dus niet tot een tekortkoming van de hulpverlener. Zo mag de hulpverlener ingevolge artikel 7:448, derde lid, BW de patiënt informatie onthouden voor zover het verstrekken ervan kennelijk *ernstig nadeel* voor de patiënt oplevert (de informatie mag onder omstandigheden wel aan een ander worden gegeven³⁵⁹).³⁶⁰ Teneinde de patiënt niet al te afhankelijk te maken van het subjectieve oordeel van een individuele hulpverlener is in de slotzin van artikel 7:448, derde lid, BW de verplichting opgenomen een andere hulpverlener te raadplegen alvorens van de onthouding gebruik te maken.³⁶¹ Het moet bovendien gaan om *kennelijk* ernstig nadeel. Het woord 'kennelijk' impliceert dat het om een objectieve en toetsbare beslissing van de hulpverlener gaat en dat de hulpverlener een afweging moet maken tussen het belang van de informatie enerzijds en het nadeel voor de patiënt anderzijds. Wanneer deze uitzondering op de

356 W. Sorgdrager, Van incident naar effectief toezicht, onderzoek naar de afhandeling van dossiers over meldingen door de Inspectie voor de Gezondheidszorg, 19 november 2012, p. 4 en G.J. Verkerke e.a. (Expertgroep Medische Technologie), Medische Technologie at risk? Onderzoek naar risico's bij medische technologie en mogelijkheden om deze te voorkomen of te reduceren, april 2012, p. 13 en 32.

357 Zie voor een voorbeeld (in het kader van het recht van de patiënt op inzage in zijn patiëntendossier) Rechtbank Zwolle-Lelystad 20 december 2007, JA 2008, 24.

358 Rechtbank Arnhem 11 maart 2009, JA 2009, 85, met nt. A.J. Van. Zie voor een bespreking ook J. Meyst-Michels, 'Kroniek medische aansprakelijkheid', AV&S 2011, nr. 1, p. 22-39.

359 De kring van personen aan wie de informatie mag worden verstrekt is beperkt (echtgenoot, kinderen of de huisarts, Kamerstukken II 1989/90, 21561, nr. 3, p. 31 (MvT)).

360 Kennelijk ernstig nadeel zijn ernstige gevolgen voor de gezondheidssituatie van de patiënt en/of toekomstige kwaliteit van het leven: C.P.M. Akerboom e.a., Thematische Wetsevaluatie wilsonbekwaamheid en vertegenwoordiging, Den Haag: Zonmw 2011, p. 69 met verwijzing naar andere literatuur.

361 Kamerstukken II 1993/94, 21561, nr. 41 (Amendement van het lid Willems).

informatieplicht zich voordoet, moet van geval tot geval worden beoordeeld.³⁶² De inlichtingen worden de patiënt alsnog gegeven, zodra het kennelijk ernstig nadeel niet meer te duchten is.³⁶³

In de Memorie van Toelichting is het voorbeeld gegeven van het meedelen van een zeer ongunstige prognose aan een patiënt die in een labiele psychische toestand verkeert, wat zou kunnen leiden tot een ernstige crisis die uitmondt in een poging tot zelfdoding. Het moet daarbij gaan om een geground vermoeden van de zijde van de hulpverlener, bijvoorbeeld doordat de betrokken patiënt reeds eerder een poging tot zelfdoding heeft gedaan.³⁶⁴

Een andere bijzondere situatie houdt verband met het recht van de patiënt om geen inlichtingen te ontvangen. Dit recht is neergelegd in artikel 7:449 BW.³⁶⁵ Een uitzondering geldt echter voor die gevallen waarin het belang dat de patiënt heeft bij het niet weten, niet opweegt tegen het nadeel dat daaruit voor zichzelf of anderen kan voortvloeien.³⁶⁶ Als voorbeeld kan worden gedacht aan het belang van anderen om op de hoogte te geraken van een ernstige besmettelijke ziekte.³⁶⁷ Te denken valt voorts aan de situatie waarin het reactievermogen van de patiënt is aangetast, met het dienovereenkomstige gevaar voor deelname aan het verkeer.³⁶⁸

Een bijzondere situatie is voorts de afwezigheid van een op het individu gerichte informatieplicht in het kader van wetenschappelijk onderzoek op anoniem lichaamsmateriaal. Artikel 7:467, eerste lid, BW verplicht de hulpverlener niet om de patiënt te informeren over mogelijke onderzoeken die in het kader van medisch statistisch of ander medisch wetenschappelijk anoniem onderzoek kunnen worden verricht.

362 Kamerstukken II 1989/90, 21561, nr. 3, p. 30 (MvT). Zie voor een voorbeeld geen nadeel Rechtbank Utrecht 15 juni 2011, *TvGr* 2011, nr. 31. Zie voor voorbeelden van onvoldoende reden om een beroep te mogen doen op de uitzondering Rechtbank Middelburg 23 februari 2000, *LJN* AA5605 en RTG 's-Gravenhage 7 februari 2012, *LJN* YG1786.

363 Kamerstukken II 1989/90, 21561, nr. 3, p. 31 (MvT).

364 Kamerstukken II 1989/90, 21561, nr. 3, p. 30 (MvT).

365 Zie voor voorbeelden van belangen van de patiënt daartoe te besluiten Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* 2009, nr. 417.

366 Kamerstukken II 1989/90, 21561, nr. 3, p. 31 (MvT).

367 Een wettelijke plicht die ertoe strekt derden hierover te informeren volgt uit de Wet publieke gezondheid.

368 Kamerstukken II 1989/90, 21561, nr. 3, p. 31 (MvT).

3.4.2 *De plicht de patiënt te behandelen*

3.4.2.1 **Doel van de behandelplicht**

De patiënt beslist of tot een geneeskundige behandeling wordt overgegaan.³⁶⁹ Het verlenen van toestemming voor de behandeling maakt deel uit van zijn zelfbeschikkingsrecht. Desalniettemin kan niet worden gesproken van een behandelrecht van de hulpverlener. Heeft de hulpverlener wel een behandelplicht? Deze vraag is gerechtvaardigd, omdat een plicht als zodanig niet in Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW is opgenomen.

Het antwoord daarop luidt desondanks in beginsel bevestigend: het is de plicht van de hulpverlener om hulp te bieden.³⁷⁰

Het doel van de behandelplicht is de patiënt ervan te verzekeren dat hij niet verstoken blijft van een noodzakelijk geachte en grondwettelijk verankerde – artikel 22 Gw bepaalt dat de overheid maatregelen moet treffen ter bevordering van de volksgezondheid –³⁷¹ levensbehoefte. Het meest duidelijk blijkt de plicht tot behandelen dan ook in geval van een noodsituatie; indien de hulpverlener iemand opzettelijk in hulpeloze toestand laat of indien hij nalaat hulp te verlenen in het geval hij getuige is van het ogenblikkelijk levensgevaar waarin een ander verkeert, is hij ingevolge artikel 255 van het Wetboek van Strafrecht (Sr) respectievelijk 450 Sr strafbaar.³⁷²

Een voorbeeld van een situatie waarin een behandelplicht is die waarin personen gewond zijn geraakt bij een ernstig verkeersongeval. Aan bij een verkeersongeval betrokken personen moet direct hulp worden verleend. De hulpverlener die getuige was van een ernstig verkeersongeval, niet stopte, maar 112 belde en doorreed naar het ziekenhuis waar hem een andere patiënt wachtte, werd daarom een tuchtechtelijke maatregel opgelegd. Het RTG Amsterdam oordeelde dat hij eerst had moeten vaststellen dat hij niets voor het slachtoffer kon betekenen. Het belang van de andere patiënt was minder urgent en had achtergesteld moeten worden. Dat een trauma-arts adequater of doeltreffender had kunnen

³⁶⁹ Zie bijvoorbeeld HR 14 juni 1974, NJ 1974, 436, met nt. Th.W. van Veen.

³⁷⁰ KNMG, Gedragsregels voor artsen, 2002, artikel II.6 en I.S.J. Houben, Contractdwang (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2005, p. 144-145 en 152. Zie voor een voorbeeld waarin de plicht expliciet wordt gemaakt RTG Amsterdam 19 juni 2007, TvGr 2007, nr. 37. Zie ook par. 3.2.4.

³⁷¹ Zie ook artikel 35 Handvest EU en artikel 168 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VwEU), voorheen Verdrag tot oprichting van de EEG, Rome, 25 maart 1957 (VwEU), Trb. 1957, 91. Geconsolideerde versie 30 maart 2010, PbEU C83/47.

³⁷² Ik ben het met H.J.J. Leenen e.a. eens dat artikel 450 Sr zelden toepasbaar zal zijn. Er bestaat op grond van dit artikel immers geen plicht voor de hulpverlener om zich naar een noodsituatie te begeven. Het hangt dus van toevalsmomenten af. Voorts geeft het vereiste van dodelijke afloop een beperking. Zie voormelde auteur in Handboek gezondheidsrecht, Deel II, Houten: Bohn Stafleu van Loghum, vijfde geheel herziene druk, 2008, p. 48. Zie ook M.C. Ploem, 'Is er een dokter in de zaal?', NJB afl. 26/2007, p. 1605-1609.

handelen, deed aan de behandelplicht van deze hulpverlener niet af, aldus het RTG.³⁷³

Aan de behandelplicht doet het feit dat de hulpverlener geen dienst heeft, niet af.³⁷⁴ De behandelplicht gaat bovendien zover dat ook de hulpverlener die op vakantie is, geneeskundige hulp moet verlenen aan een medereiziger die in nood verkeert.³⁷⁵

Zo overwoog het CTG dat de in Nepal op vakantie zijnde arts bijstand zou moeten verlenen indien een ander persoon, deel uitmakend van het reisgenootschap, in een noodsituatie zou komen te verkeren. Een polsbreuk werd evenwel niet aangemerkt als een noodsituatie.³⁷⁶

De behandelplicht wordt ook duidelijk in die situaties waarin tijdigheid van onderzoek of behandelen is geboden en zonder die tijdigheid het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt in ernstige mate wordt geschonden, zoals in het geval van een beslissing over beëindiging van een zwangerschap.

Uit de eerder besproken zaak waarbij de patiënte in kwestie meermalen werd verhinderd om tijdig genetisch onderzoek te laten uitvoeren bijvoorbeeld werd wegens het achterwege blijven van behandeling – er werd geen medewerking verleend aan genetisch onderzoek – een schending van artikel 3 EVRM aangenomen. Toen de patiënt eenmaal wel medewerking werd verleend, was de zwangerschap zo ver gevorderd dat afbreken niet meer mogelijk was.³⁷⁷

3.4.2.2 De inhoud van de behandeling

Omdat de behandelplicht geen wettelijke verankering heeft, is evenmin in de wet omschreven wat de behandeling precies moet inhouden. Wel volgt uit de wet – artikel 7:446, eerste lid, BW – dat onderwerp van de behandelingsovereenkomst het verrichten van handelingen op het gebied van de geneeskunst is. Wat onder dergelijke handelingen wordt verstaan is omschreven in artikel 7:446, tweede lid, BW. Het betreft ten eerste alle verrichtingen die van oudsher tot de geneeskunst worden gerekend. Het betreft ten tweede andere handelingen die rechtstreeks betrekking hebben op een persoon en die worden verricht door een arts of tandarts in die hoedanigheid. Handelingen op het gebied van de

373 RTG Amsterdam 19 juni 2007, *TvGr* 2007, nr. 37. Zie voorts de overweging wat betreft zijn rol als schouwarts.

Onder deze omstandigheden had hij niet, althans is dat dubieus, nadien de schouw mogen verrichten.

374 Zie bijvoorbeeld RTG Amsterdam 23 mei 2006, zaaknr. 05125. Zie ook RTG Eindhoven 20 april 2009, zaaknr. 2008.106b, uit welke uitspraak blijkt dat spoedgevallen voor gaan.

375 Als bedoeld in artikel 47 Wet BIG.

376 CTG 19 augustus 2010, zaaknr. 2009/237.

377 EHRM 26 mei 2011, *EHRC* 2011, 109, met nt. A.C. Hendriks (R.R./Polen).

geneeskunst betreffen ook de handelingen op het gebied van de artsenijsbereidkunst, alsmede de aanpalende handelingen. Hoewel artikel 7:446 BW de reikwijdte van de behandelings-overeenkomst weergeeft,³⁷⁸ is zij tevens een belangrijke indicatie voor hetgeen onder 'behandelen' wordt verstaan. Voorts is in gedragsregels en modelregelingen een nadere uitwerking te vinden,³⁷⁹ evenals in de uitspraken van de tuchtrechters.

De behandeling verschilt van geval tot geval. Desalniettemin zijn er minimumeisen die doorgaans voor elke behandeling gelden. Dit betreft (a) het opnemen van de anamnese, (b) het doen van onderzoek, (c) het stellen van de diagnose, (d) het behandelen, het toedienen van medicijnen, het gebruik maken van materiaal en het niet-behandelen en (e) nazorg verlenen.³⁸⁰ Hieronder wordt nader op deze deelverplichtingen ingegaan. Er is aansluiting gezocht bij de voorhanden zijnde (tucht)rechtspraak en medische literatuur.³⁸¹ Voor een uitvoeriger bespreking wordt verwezen naar medische literatuur.³⁸² Vooraf wordt opgemerkt dat de hulpverlener in beginsel persoonlijk moeten overgaan tot geneeskundige behandeling:³⁸³ er dient te worden gewaakt voor het gevaar van een al te onpersoonlijk karakter van de behandeling, in welk geval een grotere kans bestaat op een communicatiestoornis of vertrouwensbreuk.³⁸⁴ Dit is anders in geval van vakantie of ziekte van de hulpverlener: hij kan zich dan laten waarnemen door een andere hulpverlener. Afspraken over waarneming en overdracht dienen voldoende aan de patiënt duidelijk te zijn gemaakt.³⁸⁵ Voorts is het gebruikelijk dat een arts die een assistent heeft, bepaalde verrichtingen laat uitvoeren

378 Zie par. 3.2.1.

379 KNMG, gedragsregels voor artsen, 2002 en KNMG, Modelregeling arts-patiënt, 1998.

380 Zie voor een vergelijkbare indeling H.J.J. Leenen, J.C.J. Dute en W.R. Kastelein, *Handboek gezondheidsrecht*, Deel II, Houten: Bohn Stafleu van Loghum, vijfde geheel herziene druk, 2008, p. 29 e.v. alsmede J.K.M. Gevers m.m.v. A. van Aalst, *De rechter en het medisch handelen*, Deventer: Kluwer 1998. De indeling sluit aan bij het proces in de medische praktijk, zie J. van der Meer en J.W.M. van der Meer, *Anamnese en lichamelijk onderzoek*, Maarssen: Elsevier gezondheidszorg 2008, p. 271-272. Zie voorts ook D.S. Rambocus, *Medisch-juridische causaliteit* (diss. Utrecht), Utrecht 1999, p. 57.

381 Zie onder meer Fauci e.a., *Principles of Internal Medicine*, 14th International Edition, 1998; J. van der Meer en J.W.M. van der Meer, *Anamnese en lichamelijk onderzoek*, Maarssen: Elsevier gezondheidszorg 2008; J.A.M. Schouten, *Anamnese en advies*, Houten: Bohn Stafleu van Loghum 2004 en J. van Everdingen, *De beste behandeling: diagnose, therapie en nazorg bij 53 ernstige ziektes*, Den Haag: Consumentenbond 2005.

382 Zie bijvoorbeeld Fauci e.a., *Principles of Internal Medicine*, 14th International Edition, 1998; J. van der Meer en J.W.M. van der Meer, *Anamnese en lichamelijk onderzoek*, Maarssen: Elsevier gezondheidszorg 2008; J.A.M. Schouten, *Anamnese en advies*, Houten: Bohn Stafleu van Loghum 2004 en J. van Everdingen, *De beste behandeling: diagnose, therapie en nazorg bij 53 ernstige ziektes*, Den Haag: Consumentenbond 2005 (voorbeelden van behandeling).

383 KNMG, Modelregeling arts-patiënt, 1998, artikel 10.

384 H.J.J. Leenen, J.C.J. Dute en W.R. Kastelein, *Handboek gezondheidsrecht*, Deel II, Houten: Bohn Stafleu van Loghum, vijfde geheel herziene druk, 2008, p. 31 en J.K.M. Gevers m.m.v. A. van Aalst, *De rechter en het medisch handelen*, Deventer: Kluwer 1998, p. 116-121.

385 Zie Handreiking verantwoordelijkheidsverdeling in de zorg, KNMG, V&VN, KNOV, KNGF, KNMP, NIP, NVZ, NFU, GGZ Nederland, NPCF, 26 januari 2010. Zie voor voorbeelden van waarneming RTG Amsterdam 20 januari 2009, zaaknr. 08039 en Rechtbank 's-Hertogenbosch 30 september 2009, *LJN* BK3959.

door die assistent. Dit is toegestaan voor zover de assistent de benodigde kennis en opleiding heeft en de opdracht tot behandeling heeft gekregen van een arts. In de Wet BIG is omschreven welke handelingen bij uitsluiting tot de bevoegdheid van een arts behoren en onder welke omstandigheden een handeling mag worden ‘uitbesteed’.³⁸⁶

a Opnemen anamnese

De hulpverlener dient de anamnese op te nemen met als doel het verzamelen van gegevens die bijdragen aan het stellen van een diagnose.³⁸⁷ De anamnese wordt verkregen door spontane mededelingen van de patiënt en door de beantwoording van gerichte vragen van de hulpverlener.³⁸⁸ De hulpverlener zal – rekening houdend met eventuele taalbarrières³⁸⁹ – moeten doorvragen en niet mogen wachten tot de patiënt met mededelingen komt, omdat deze niet altijd weet wat van belang is.³⁹⁰

Naast algemene informatie, zoals personalia, zal informatie moeten worden verkregen over de klacht van de patiënt.³⁹¹ Naar aanleiding van de voornaamste klacht zal door middel van (gesloten) vraagstelling de klacht in beeld moeten worden gebracht en moeten worden begrensd. Dit deel van de anamnese wordt speciële anamnese genoemd.³⁹² Hierna volgt de algemene anamnese, waarbij systematisch gegevens over de gezondheidstoestand van de patiënt en diens medische voorgeschiedenis worden verzameld. De algemene anamnese bevat gegevens over de functie van de verschillende orgaansystemen – de tractusanamnese – en andere feiten die voor de diagnostiek en behandeling van belang zijn,

386 Artikelen 35-39 Wet BIG.

387 J. van der Meer en J.W.M. van der Meer, *Anamnese en lichamelijk onderzoek*, Maarssen: Elsevier gezondheidszorg 2008, p. 17-18 en J.A.M. Schouten, *Anamnese en advies*, Houten: Bohn Stafleu van Loghum 2004, p. 45. Zie bijvoorbeeld CTG 7 juli 2009, zaaknr. 2008/053; RTG Eindhoven 18 januari 2010, zaaknr. 0985; RTG 's-Gravenhage 19 mei 2009, zaaknr. 2008T041a en RTG 's-Gravenhage 21 december 2010, L/JN YG0771.

388 J. van der Meer en J.W.M. van der Meer, *Anamnese en lichamelijk onderzoek*, Maarssen: Elsevier gezondheidszorg 2008, p. 21-25 en J.A.M. Schouten, *Anamnese en advies*, Houten: Bohn Stafleu van Loghum 2004, p. 46. Zie bijvoorbeeld CTG 7 juli 2009, zaaknr. 2008/053; RTG 's-Gravenhage 22 december 2009, zaaknr. 2009O161 en RTG 's-Gravenhage 21 december 2010, L/JN YG0771.

389 KNMG, *Gedragsregels voor artsen*, 2002, art II.2.

390 J. van der Meer en J.W.M. van der Meer, *Anamnese en lichamelijk onderzoek*, Maarssen: Elsevier gezondheidszorg 2008, p. 24. Zie bijvoorbeeld RTG 's-Gravenhage, 1 december 2009, zaaknr. 2008t021 en RTG 's-Gravenhage 21 december 2010, L/JN YG0771. Zie ook RTG Zwolle 13 november 2007, zaaknr. 06-172 (afgaan op mededelingen collega hulpverlener achtte de tuchtrechter onvoldoende).

391 J. van der Meer en J.W.M. van der Meer, *Anamnese en lichamelijk onderzoek*, Maarssen: Elsevier gezondheidszorg 2008, p. 24 en J.A.M. Schouten, *Anamnese en advies*, Houten: Bohn Stafleu van Loghum 2004, p. 46.

392 J. van der Meer en J.W.M. van der Meer, *Anamnese en lichamelijk onderzoek*, Maarssen: Elsevier gezondheidszorg 2008, p. 29. Zie voor een voorbeeld RTG Amsterdam 21 april 2009, zaaknr. 08/137 (speciële en drugsanamnese).

zoals sociale omstandigheden.³⁹³ Zo kan de familieanamnese van belang zijn voor het opsporen van erfelijke aandoeningen.³⁹⁴

b Onderzoek doen

De hulpverlener dient (lichamelijk) onderzoek te verrichten, alvorens tot diagnosestelling over te gaan.³⁹⁵ De aard van de klachten en de medische voorgeschiedenis zijn bepalend voor het soort onderzoek dat noodzakelijk is.³⁹⁶ Het doel van het verrichten van onderzoek is het opsporen, kwantificeren en beschrijven van relevante afwijkingen.³⁹⁷

Onderzoek dient tijdig te geschieden. Verhinderende van tijdige toegang van noodzakelijke onderzoeken kan een schending van artikel 3 EVRM met zich brengen.³⁹⁸

c Stellen van de (juiste) diagnose

De diagnose is de basis van het medisch handelen; zonder de juiste diagnose is een rationele behandeling niet mogelijk.³⁹⁹ De diagnose is gebaseerd op de anamnese en het (lichamelijk) onderzoek van de patiënt.⁴⁰⁰ Er dient een relatie te bestaan tussen de geuite klachten, de waargenomen fenomenen en de toe te passen diagnostische methoden.⁴⁰¹

393 J. van der Meer en J.W.M. van der Meer, *Anamnese en lichamelijk onderzoek*, Maarssen: Elsevier gezondheidszorg 2008, p. 24 e.v. en J.A.M. Schouten, *Anamnese en advies*, Houten: Bohn Stafleu van Loghum 2004, p. 46.

394 Zie voor een voorbeeld waarbij de familieanamnese van belang was HR 18 maart 2005, NJ 2006, 606, met nt. J.B.M. Vranken (Baby Kelly).

395 J.K.M. Gevers m.m.v. A. van Aalst, *De rechter en het medisch handelen*, Deventer: Kluwer 1998, p. 19-37 en J. van der Meer en J.W.M. van der Meer, *Anamnese en lichamelijk onderzoek*, Maarssen: Elsevier gezondheidszorg 2008, p. 18. Zie bijvoorbeeld RTG 's-Gravenhage 2 februari 2010, zaaknr. 2009T52 en RTG 's-Gravenhage 21 december 2010, LJN YG0771.

396 J. van der Meer en J.W.M. van der Meer, *Anamnese en lichamelijk onderzoek*, Maarssen: Elsevier gezondheidszorg 2008, p. 41. Zie voor een voorbeeld RTG 's-Gravenhage 21 december 2010, LJN YG0771.

397 J. van der Meer en J.W.M. van der Meer, *Anamnese en lichamelijk onderzoek*, Maarssen: Elsevier gezondheidszorg 2008, p. 41 en voor verschillende soorten onderzoek p. 81 e.v. Zie voor een voorbeeld Rechtbank 's-Gravenhage 29 mei 2013, LJN CA2475 (beeldvormend onderzoek voorafgaand aan amputatie borst). Zie voor een voorbeeld ook RTG 's-Gravenhage 3 mei 2011, LJN YG1078 (onnodig onderzoek dient te worden vermeden en bovendien dient gekozen te worden voor het minst belastende onderzoek).

398 EHRM 26 mei 2011, EHRC 2011, 109, met nt. A.C. Hendriks (R.R./Polen).

399 J. van der Meer en J.W.M. van der Meer, *Anamnese en lichamelijk onderzoek*, Maarssen: Elsevier gezondheidszorg 2008, p. 17.

400 Fauci e.a., *Principles of Internal Medicine*, 14th International Edition, 1998, p. 1 en J. van der Meer en J.W.M. van der Meer, *Anamnese en lichamelijk onderzoek*, Maarssen: Elsevier gezondheidszorg 2008, p. 18. Zie voor voorbeelden CTG 7 juli 2009, zaaknr. 2008/053; RTG 's-Gravenhage 19 mei 2009, zaaknr. 2008T041a en RTG 's-Gravenhage 21 december 2010, LJN YG0771.

401 J.K.M. Gevers m.m.v. A. van Aalst, *De rechter en het medisch handelen*, Deventer: Kluwer 1998, p. 37-44. Zie voor voorbeelden missen diagnose: RTG 's-Gravenhage 25 oktober 2010, LJN YG0614; Gerechtshof 's-Gravenhage 10 oktober 2002, NJ 2003, 99; RTG Zwolle 13 november 2007, zaaknr. 06-172; CTG 10 april 2007, zaaknr. 2006/010; RTG Amsterdam 15 mei 2007, zaaknr. 06112; CTG 4 september 2007, zaaknr. 2006/301. Zie voor voorbeelden ook J. van Everdingen, *De beste behandeling: diagnose, therapie en*

d Behandelen, medicijnen toedienen, gebruik maken van materiaal en niet (langer) behandelen

De hulpverlener dient een behandelbeleid toe te passen dat aansluit bij de diagnose,⁴⁰² al kunnen op wetenschappelijk gebied verschillen van inzicht en waardering bestaan ten aanzien van bepaalde behandelingsmethoden.⁴⁰³

Bij de uitvoering van het gekozen behandelbeleid dient de hulpverlener vakbekwaam te werk te gaan.⁴⁰⁴ Hoe bekwaam een hulpverlener is, zal deze zelf moeten (kunnen) beoordelen, waarbij hij zich bewust moet zijn van de grenzen van zijn bekwaamheid.⁴⁰⁵ Voorts dient de hulpverlener bij de uitvoering van het gekozen behandelbeleid zorgvuldig en volgens de regels der kunst te werk te gaan.⁴⁰⁶ Wat zorgvuldig is, zal van geval tot geval moeten worden beoordeeld.⁴⁰⁷ Uit de jurisprudentie van de civiele rechter en de tuchtrechter kan onder meer worden opgemaakt dat er geen onnodige handelingen behoren te worden verricht,⁴⁰⁸ dat behandeling tijdig wordt ingezet,⁴⁰⁹ en dat de juiste (lichaams)structuur dient te worden behandeld.⁴¹⁰ Uit de Wet BIG, de Geneesmiddelenwet en de jurisprudentie kan voorts worden opgemaakt dat door de daartoe bevoegde persoon de juiste geneesmiddelen moeten worden verstrekt in de juiste dosering.⁴¹¹ Een geneesmiddel mag de arts

nazorg bij 53 ernstige ziektes, Den Haag: Consumentenbond 2005. Zie ook RTG Zwolle 24 mei 2012, *LJN* YG2051 (bij een langere behandeling dient de diagnose (regelmatig) te worden geëvalueerd).

402 Vaste jurisprudentie binnen de tuchterspraak, zie bijvoorbeeld RTG Groningen 29 juni 2010, *LJN* YG0415; RTG Zwolle 4 november 2010, *LJN* YG0640; RTG Eindhoven 3 november 2010, *LJN* YG0635; RTG 's-Gravenhage 25 oktober 2010, *LJN* YG0614. Zie ook RTG Zwolle, 29 oktober 2009, zaaknr. 08-154 (de keuze voor een bepaalde methode moet kunnen worden verantwoord).

403 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 31 maart 2009, *LJN* BI0044.

404 Artikel 36 Wet BIG en KNMG, Modelregeling arts-patiënt, 1998, artikel 14.

405 Zie voor een voorbeeld van onvoldoende bekwaamheid RTG 's-Gravenhage 30 november 2010, *LJN* YG0705. Zie voorts CTG 16 december 2008, zaaknr. 2007/012; RTG 's-Gravenhage 30 november 2010, *LJN* YG0705 (aanvragen toezicht of supervisie bij onvoldoende bekwaamheid); Rechtbank Middelburg 2 maart 2011, *LJN* BP8087 (doorverwijzen bij onvoldoende bekwaamheid) en Rechtbank Breda 20 juli 1985, *NJ* 1986, 32 (zorg dragen voor vervanger bij onmogelijkheid behandeling af te ronden).

406 J.K.M. Gevers m.m.v. A. van Aalst, *De rechter en het medisch handelen*, Deventer: Kluwer 1998, p. 44-75. Zie voorts J. van Everdingen, *De beste behandeling: diagnose, therapie en nazorg bij 53 ernstige ziektes*, Den Haag: Consumentenbond 2005.

407 Zie over de in acht te nemen zorgvuldigheid hoofdstuk 4, par. 4.2.1.

408 Gerechtshof 's-Gravenhage 29 september 2009, *LJN* BK1547.

409 Gerechtshof Leeuwarden 22 februari 2006 kenbaar uit het arrest van de HR 7 december 2007, *NJ* 2007, 644; Gerechtshof Leeuwarden 20 november 2002 kenbaar uit het arrest van de HR 9 juli 2004, *NJ* 2005, 78; RTG Amsterdam 16 december 2008, zaaknr. 07203v; RTG Eindhoven 19 november 2009, zaaknr. 2008.141a; RTG 's-Gravenhage 1 december 2009, zaaknr. 2008 t021 en EHRM 26 mei 2011, *EHRC* 2011, 109, met nt. A.C. Hendriks (R.R./Polen).

410 HR 20 april 2007, *VR* 2007, 133, met nt. G.M. van Wassenaeer.

411 Wet van 8 februari 2007 (Geneesmiddelenwet), *Stb.* 2007, 93 en het Besluit van 19 maart 2007, *Stb.* 2007, 128 (Geneesmiddelenbesluit) in samenhang gelezen met artikel 36 Wet BIG. Zie voor de definitie van geneesmiddel artikel 1, aanhef en onder b, Geneesmiddelenwet. Zie voor de systematiek van de Geneesmiddelenwet uitvoerig H.J.J. Leenen, J.C.J. Dute, W.R. Kastelein, *Handboek gezondheidsrecht, Deel II*, Houten: Bohn Stafleu van Loghum, vijfde geheel herziene druk, 2008, paragraaf 3.3 van hoofdstuk 3 en J.K.M. Gevers

alleen toedienen als het middel nog op ruime schaal wordt toegepast en de medische beroepsgroep, de arts (of de producent) nog niet bekend is met de gevaren van het desbetreffende geneesmiddel.⁴¹² Verstrekking van medicijnen via internet,⁴¹³ zonder dat de hulpverlener bekend is met de patiënt en diens medicatiehistorie, is niet toegestaan.⁴¹⁴ Behandeling dient voorts in een daartoe geschikte ruimte met voldoende materiële voorzieningen plaats te vinden.⁴¹⁵ Dit houdt tevens in dat bij de uitvoering van de behandeling van de juiste hulpmiddelen gebruik moet worden gemaakt.⁴¹⁶ Hoewel de fabrikant deugdelijke materialen moet afleveren, is de hulpverlener verantwoordelijk voor het bewaren (opslag), het onderhouden, en het op werking controleren (ook na reparatie) van de hulpmiddelen.⁴¹⁷ De hulpverlener zal er bovendien voor moeten zorgen dat hij schone en, waar nodig, steriele materialen gebruikt.⁴¹⁸ Ook de blootstelling aan straling is omgeven met verplichtingen van de hulpverlener.⁴¹⁹ Hetzelfde geldt voor het gebruik van bloedproducten bij de behandeling.⁴²⁰ Hoewel een groot deel van de verantwoording bij de bloedvoorzieningsorganisatie ligt, zal de behandelend arts zorgvuldig moeten omgaan met bloedproducten,⁴²¹ en zal hij niet die bloedproducten mogen toedienen waarvan hij weet

m.m.v. A. van Aalst, *De rechter en het medisch handelen*, Deventer: Kluwer 1998, p. 75-88. Zie voor jurisprudentie juiste geneesmiddel HR 8 maart 2002, *NJ* 2003, 706, met nt. G.R.J. de Groot; HR 24 maart 2006, *NJ* 2009, 485, met nt. M.R. Mok; HR 22 september 2006, *LJN* AX1576; Gerecht in Eerste Aanleg Curaçao 15 januari 1973, *NJ* 1973, 314; Gerechtshof Arnhem 23 september 2008, *LJN* BF3594 en Rechtbank Haarlem 27 maart 2009, *LJN* BH8658. Zie voor jurisprudentie dosering HR 2 maart 2001, *NJ* 2001, 649, met nt. J.B.M. Vranken en F.C.B. van Wijmen; Gerechtshof 's-Gravenhage 28 april 2009, *LJN* BI4768; Rechtbank Arnhem 11 juni 2003, *LJN* AG0130; Rechtbank Alkmaar 11 februari 2004, *LJN* AO3453; Rechtbank Alkmaar 24 mei 2006, *LJN* AX4831; Gerechtshof 's-Hertogenbosch 28 augustus 2007, *LJN* BB2385; Rechtbank 's-Hertogenbosch 26 maart 2008, *LJN* BC7489; RTG Zwolle 7 mei 2009, zaaknr. 08-041; RTG 's-Gravenhage 12 april 2011, *LJN* YG1021 en RTG Zwolle 24 mei 2012, *LJN* YG2051.

412 J.K.M. Gevers m.m.v. A. van Aalst, *De rechter en het medisch handelen*, Deventer: Kluwer 1998, p. 82. Zie bijvoorbeeld Rechtbank Rotterdam 17 maart 2010, *LJN* BL8825.

413 Zie voor een nadere toelichting IGZ, *Handelen in geneesmiddelen via internet*, Den Haag 2004.

414 Artikel 67 Gmw. Zie voorts J.K.M. Gevers m.m.v. A. van Aalst, *De rechter en het medisch handelen*, Deventer: Kluwer 1998, p. 85 en voor voorbeelden RTG Amsterdam 28 november 2006, zaaknr. 05/321 en RTG Amsterdam 28 november 2006, zaaknr. 05/140.

415 Zie voor een voorbeeld waarin dit niet het geval was RTG 's-Gravenhage 11 mei 2010, *LJN* YG0286.

416 Voor de definitie van een medisch hulpmiddel zij verwezen naar de Wet op de medische hulpmiddelen, Wet van 15 januari 1970, Stb. 1970, 53. Zie voorts het Besluit medische hulpmiddelen, Besluit van 30 maart 1995, Stb. 1995, 243. Zie voor een voorbeeld RTG 's-Gravenhage 9 juni 2009, zaaknr. 2007t197a.

417 Zie bijvoorbeeld Rechtbank Leeuwarden 23 december 1987, *TvGr* 1988, nr. 23 en 24; Rechtbank Arnhem 20 augustus 2003, *LJN* AI1624 en Rechtbank Arnhem 22 maart 2006, *LJN* AW2865.

418 Ingevolge het Besluit gesteriliseerde hulpmiddelen in ziekenhuizen, Besluit van 16 juli 2001, Stb. 2001, 397. Zie bijvoorbeeld RTG Zwolle 4 juni 2009, zaaknr. 08-191 (niet steriele handschoenen en apparatuur); Rechtbank Arnhem 22 maart 2006, *LJN* AW2865 en Gerechtshof 's-Hertogenbosch 30 augustus 2011, *LJN* BT1808.

419 Wat betreft de blootstelling aan straling van bijvoorbeeld röntgenapparatuur is het Besluit van 16 juli 2001, Stb. 2001, 397 (Stralingsbescherming 2002) van toepassing.

420 Wet van 4 december 1997, Stb. 1997, 645, laatstelijk gewijzigd bij Wet van 8 februari 2007, Stb. 2007, 93 (Wet inzake Bloedvoorziening).

421 Rechtbank Rotterdam 11 oktober 2006, zaaknr. 100586/HA ZA 98-1894 (niet gepubliceerd).

of kan weten dat deze onvoldoende veilig zijn.⁴²² Maakt de hulpverlener gebruik van lichaamsmateriaal, dan zal hij – naast het orgaancentrum en de weefselinstelling – moeten zorgen voor zodanige bewaring dat de veiligheid en de kwaliteit van het materiaal behouden blijven.⁴²³

Onderdeel van medisch behandelen betreft ook pijnbestrijding als behandeling of tijdens de behandeling.⁴²⁴ Eveneens is onderdeel van medisch handelen, het niet-behandelen van de patiënt wanneer medische behandeling zinloos is.⁴²⁵ Kort gezegd is er in het geval van medisch zinloos handelen geen medische indicatie (meer) om te behandelen, noch een concreet behandelingsdoel. Het behoort tot de verantwoordelijkheid van de hulpverlener om een beslissing te nemen over het staken van behandeling wanneer deze medisch gezien zinloos is; de wens van de patiënt is daaraan ondergeschikt.⁴²⁶

Tot slot zal de arts patiënten in gelijke gevallen gelijk moeten behandelen,⁴²⁷ en dient hij vernederende opmerkingen of ander ongepast handelen achterwege te laten.⁴²⁸

e Nazorg verlenen

De hulpverlener dient behoorlijke nazorg te verlenen.⁴²⁹ De hulpverlener dient de patiënt inlichtingen te verschaffen over noodzakelijke maatregelen of gedrag na ontslag uit het

422 HR 8 juli 1992, *NJ* 1992, 714 (patiënt intraveneus ingespoten met HIV besmet bloed) en Gerechtshof Leeuwarden 28 augustus 2002, *LJN* AF5968, rov. 15. Zie voor de procedure in cassatie HR 28 januari 2005, *LJN* AR6459.

423 Ingevolge de Wet van 6 februari 2003, *Stb.* 2003, 90 (Wet veiligheid en kwaliteit lichaamsmateriaal), uitgewerkt in het Eisenbesluit lichaamsmateriaal 2006, Besluit van 17 januari 2007, *Stb.* 2007, 59, in het bijzonder artikel 7.1.

424 H.J.J. Leenen, J.C.J. Dute en W.R. Kastelein, *Handboek gezondheidsrecht, Deel II*, Houten: Bohn Stafleu van Loghum, vijfde geheel herziene druk, 2008, p. 31. Zie voor een voorbeeld (RFA behandeling) RTG Amsterdam 8 september 2009, zaaknr. 08135.

425 Zie uitvoeriger H.J.J. Leenen, J.C.J. Dute en W.R. Kastelein, *Handboek gezondheidsrecht, Deel II*, Houten: Bohn Stafleu van Loghum, vijfde geheel herziene druk, 2008, p. 32-33. Zie voor criteria van medisch zinloos handelen H.J.J. Leenen, J.K.M. Gevers en J. Legemaate, *Handboek gezondheidsrecht, Deel I*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, vijfde geheel herziene druk, 2011, p. 321 en 322.

426 Behandeling in geval van medisch zinloos handelen is ook geen fundamenteel recht als bedoeld in artikel 2 EVRM, zo volgt uit HR 28 april 1989, *TvGr* 1989, nr. 51 met nt. H.J. Leenen en *NJ* 1990, 46, met nt. G.E. Mulder. Zie ook Rechtbank Utrecht 12 oktober 1999, *LJN* AA3827 en Rechtbank 's-Gravenhage 20 juni 2000, *TvGr* 2000, nr. 7.

427 KNMG, Gedragsregels voor artsen, 2002, artikel II.2.

428 EHRM 26 mei 2011, *EHRC* 2011, 109, met nt. A.C. Hendriks (R.R./Polen) (schending artikel 3 EVRM vanwege een vernederende behandeling).

429 H.J.J. Leenen, J.C.J. Dute en W.R. Kastelein, *Handboek gezondheidsrecht, Deel II*, Houten: Bohn Stafleu van Loghum, vijfde geheel herziene druk, 2008, p. 30 en J.K.M. Gevers m.m.v. A. van Aalst, *De rechter en het medisch handelen*, Deventer: Kluwer 1998, p. 88-103.

ziekenhuis.⁴³⁰ Bij een medische noodzaak dient een vervolg afspraak te worden gemaakt.⁴³¹ Het is echter niet zonder meer de taak van de arts om bij de patiënt (steeds) te informeren of er een afspraak nodig is; het behoort tot de verantwoordelijkheid van de patiënt om zich bij klachten te melden.⁴³² Nazorg hoeft evenmin zo ver te gaan dat de hulpverlener dit moet afdwingen als de patiënt zich aan de behandeling heeft onttrokken.⁴³³ Het verlenen van nazorg geldt evenzeer ten aanzien van achtergelaten familieleden in het geval van overlijden van de patiënt.⁴³⁴

3.4.2.3 Uitzonderingen op de behandelplicht

De omstandigheid dat behandelen van de patiënt uitgangspunt is, betekent niet dat zich geen uitzonderingen kunnen voordoen. Zo mag de hulpverlener om uiteenlopende (gegronde) redenen weigeren een geneeskundige behandelingsovereenkomst te sluiten.⁴³⁵ Het gevolg hiervan is dat hij ook niet aan behandeling toekomt.

In de vorige paragraaf is voorts opgemerkt dat de arts niet hoeft over te gaan tot medisch zinloze behandelingen. De beslissing daarover komt toe aan de arts.⁴³⁶ Van medisch zinloos handelen kan bijvoorbeeld (naar algemeen aanvaard) sprake zijn, indien het handelen niet bijdraagt aan een verbetering van de medische toestand van de patiënt.⁴³⁷

De hulpverlener is voorts in beginsel bevoegd een patiënt niet te behandelen in verband met ernstige gewetensbezwaren, een recht dat wordt beschermd door artikel 9 EVRM en artikel 10 Handvest EU.⁴³⁸ Het recht van de hulpverlener om zich op een gewetensbezwaar te beroepen, is echter niet onbegrensd: de toegang van de patiënt tot die zorg waarop hij ingevolge de nationale wet recht heeft, mag niet in gevaar komen, zo volgt uit artikel 9,

430 Zie bijvoorbeeld HR 18 februari 1994, *NJ* 1994, 368 (aan een patiënt met een gehechte blaaslaesie dient te worden meegedeeld dat zij gedurende een periode van drie maanden niet intravaginaal mag coïteren).

431 CTG 23 februari 2012, *LJN* YG1812 en Rechtbank 's-Gravenhage 12 juli 2000, *VR* 2001, 20 (controleafsprak bij carcinoom).

432 RTG Amsterdam 15 juni 2010, *LJN* YG0509 en RTG Amsterdam 30 oktober 2012, *LJN* YG2382.

433 RTG Zwolle 15 januari 2009, zaaknr. 07-51.

434 J.A.M. Schouten, Anamnese en advies, Houten: Bohn Stafleu van Loghum 2004, p. 143-146. Zie voor voorbeelden Gerechtshof Arnhem 25 september 1985, *NJ* 1986, 467 en RTG Eindhoven 25 november 2009, zaaknr. 2009.11.

435 Zie par. 3.2.4.

436 HR 28 april 1989, *TvGr* 1989, nr. 51, met nt. H.J. Leenen en *NJ* 1990, 46, met nt. G.E. Mulder; Gerechtshof Arnhem 16 januari 1990, *TvGr* 1990, nr. 39; Rechtbank Utrecht 12 oktober 1999, *LJN* AA3827 en Rechtbank 's-Gravenhage 20 juni 2000, *TvGr* 2000, nr. 7.

437 Zie voor criteria van medisch zinloos handelen H.J.J. Leenen, J.K.M. Gevers en J. Legemaate, Handboek gezondheidsrecht, Deel I, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, vijfde geheel herziene druk, 2011, p. 321 en 322. Zie voor een voorbeeld Rechtbank Utrecht 12 oktober 1999, *LJN* AA3827.

438 Zie bijvoorbeeld EHRM 10 juni 2010, *EHRC* 2010, 89, met nt. J.H. Gerards (Jehova's getuigen/Rusland); EHRM 26 mei 2011, *EHRC* 2011, 109, met nt. A.C. Hendriks (R.R./Polen) en EHRM 7 juli 2011, zaaknr. 23459/03 (Bayatyan/Armenië).

tweede lid, EVRM. Blijkens de toelichting geldt dit ook ingevolge artikel 10 Handvest EU.⁴³⁹ Zo zal de hulpverlener de patiënt in behandeling moeten houden, totdat een nieuwe hulpverlener is gevonden.⁴⁴⁰

In de eerder besproken zaak waarbij de patiënte gehinderd werd in de uitoefening van haar recht op genetisch onderzoek en abortus overwoog het EHRM over de gewetensbezwaren van de hulpverleners als volgt: ‘In so far as the Government referred in their submissions to the right of physicians to refuse certain services on grounds of conscience and referred to Article 9 of the Convention, the Court reiterates that the word “practice” used in Article 9 § 1 does not denote each and every act or form of behaviour motivated or inspired by a religion or a belief (see *Pichon and Sajous v. France* (dec.), no. 49853/99, ECHR 2001-X). For the Court, States are obliged to organise the health services system in such a way as to ensure that an effective exercise of the freedom of conscience of health professionals in the professional context does not prevent patients from obtaining access to services to which they are entitled under the applicable legislation.’⁴⁴¹

3.4.3 De dossierplicht

3.4.3.1 Doel van de dossierplicht

Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW kent verschillende verplichtingen ten aanzien van het patiëntendossier. De verplichting een dossier te *vormen* ten eerste is neergelegd in artikel 7:454, eerste lid, BW: de hulpverlener richt een dossier in met betrekking tot de behandeling van de patiënt. Hij houdt in het dossier aantekening van de gegevens omtrent de gezondheid van de patiënt en de te diens aanzien uitgevoerde verrichtingen en neemt andere stukken, bevattende zodanige gegevens, daarin op, een en ander voor zover dit voor een goede hulpverlening aan hem noodzakelijk is. De laatste zinsnede impliceert dat (alleen) die gegevens worden genoteerd die relevant zijn of zijn geweest.⁴⁴² De verplichting een dossier te vormen rust bovendien op iedere individuele hulpverlener; een zelfstandig werkend arts

439 Toelichtingen bij het Handvest van de Grondrechten 14 december 2007, PbEU C 303/02.

440 H.J.J. Leenen, J.C.J. Dute en W.R. Kastelein, Handboek gezondheidsrecht, Deel II, Houten: Bohn Stafleu van Loghum, vijfde geheel herziene druk, 2008, p. 43.

441 EHRM 26 mei 2011, EHRC 2011, 109, met nt. A.C. Hendriks (R.R./Polen).

442 Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* 2009, nr. 428; A.B. van Lomwel en E. van Veen, De WGBO-De betekenis voor de hulpverleners in de gezondheidszorg, Lelystad: Koninklijke Vermande 1996, p. 91.

heeft bij zijn vertrek of ontslag dan ook recht op een kopie van het patiëntendossier van door hem behandelde patiënten.⁴⁴³

Een tweede verplichting met betrekking tot het patiëntendossier volgt uit artikel 7:454, derde lid, BW, dat bepaalt dat het patiëntendossier gedurende een periode van vijftien jaar – de termijn begint te lopen met ingang van de dag dat de gegevens zijn vervaardigd⁴⁴⁴ – dient te worden bewaard, of zoveel langer als redelijkerwijs uit de zorg van een goed hulpverlener voortvloeit.⁴⁴⁵ De plicht geldt ook in het geval van (langere) afwezigheid (of bij pensionering of ontslag).⁴⁴⁶ De bewaartermijn kan korter zijn, indien de patiënt gebruik maakt van het hem in artikel 7:455 BW gegeven vernietigingsrecht. Het artikel bepaalt dat de hulpverlener de door hem bewaarde bescheiden binnen drie maanden na een daartoe strekkend verzoek van de patiënt vernietigt.⁴⁴⁷ Het vernietigingsrecht is gegeven ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de patiënt en het daaraan verbonden zelfbeschikkingsrecht over zijn persoonlijke gegevens.⁴⁴⁸ Het verzoek om vernietiging kan om die reden niet verder strekken dan gemoeid is met dat privacybelang en de patiënt kan niet vragen om vernietiging van gegevens die niet tot zijn persoon zijn te herleiden. Het vernietigingsrecht geldt voorts niet voor bescheiden waarvan redelijkerwijs aannemelijk is dat de bewaring van aanmerkelijk belang is voor een ander dan de patiënt,⁴⁴⁹ en evenmin voor zover het bepaalde bij of krachtens de wet zich tegen vernietiging verzet,⁴⁵⁰ aldus artikel 7:455, tweede lid, BW.

443 HR 25 mei 2012, *NJ* 2012, 566, met nt. J. Legemaate. Zie in gelijke zin Rechtbank Amsterdam 22 november 2007, *GJ* 2008, 8, met nt. R.S. Doppegieter. Zie voor het bewaren van het dossier ‘op locatie’ en de dossiers dus niet mochten worden meegenomen Rechtbank Arnhem 6 oktober 2005, *LJN* AU8387.

444 Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* 2009, nr. 429; KNMG, Implementatie WGBO – van wet naar praktijk, Deel 3, Dossier en bewaartermijnen, Utrecht: KNMG 2004, p. 32.

445 Aanvankelijk bedroeg de termijn 10 jaar, maar met terugwerkende kracht tot de inwerkingtreding van de WGBO is de termijn verlengd tot 15 jaar, Stb. 2006, 29. Een erfelijke ziekte, een chronische ziekte of een juridische procedure kan reden zijn om het dossier langer te bewaren.

446 HR 25 mei 2012, *NJ* 2012, 566, met nt. J. Legemaate; Rechtbank Amsterdam 22 november 2007, *GJ* 2008, 8, met nt. R.S. Doppegieter en Gerecht in Eerste Aanleg van de Nederlandse Antillen 2 februari 2011, *LJN* BP2923. Zie ook KNMG, Richtlijn Overdracht dossiers na ontstentenis van de arts zonder opvolging, 2005 wat betreft de verplichtingen bij opslag van het dossier en mededeling daarvan aan de patiënt.

447 Kamerstukken II 1990/91, 21561, nr. 6, p. 62 (MvA). Uit artikel 3:37 BW volgt dat de termijn gaat lopen na ontvangst van het verzoek: Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* 2009, nr. 431. Zie ook Kamerstukken II 1992/93, 21561, nr. 15, p. 5 (Nota naar aanleiding van het eindverslag) over het afzien van schriftelijke bevestiging van de vernietiging.

448 Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* 2009, nr. 431.

449 Bij een ‘aanmerkelijk belang van een ander’ moet bijvoorbeeld worden gedacht aan een belang van de hulpverlener zelf ingeval de patiënt een gerechtelijke procedure tegen hem heeft aangespannen, aldus B. Sluijters en M.C.I.H. Biesart, De geneeskundige behandelingsovereenkomst, Deventer: Kluwer, tweede druk, 2005, p. 89-90. Zie voor voorbeelden ook Kamerstukken II 1989/90, 21561, nr. 3, p. 37 (MvT).

450 Zie bijvoorbeeld het op de Wet BOPZ gebaseerde Besluit patiëntendossier dat in artikel 3 bepaalt dat eerst na vijf jaar een verzoek om vernietiging kan worden ingewilligd.

Voor bepaalde gegevens gelden andere bewaartermijnen. Ten aanzien van medische gegevens opgemaakt in academische ziekenhuizen bijvoorbeeld gelden de termijnen van de Archiefwet. Overeenkomstig een op deze wet gebaseerde selectielijst,⁴⁵¹ dient de ontslagbrief, het anesthesieverslag, het pa-verslag en het eerste hulpverslag tot honderdenvijftien jaar na de geboorte(datum) van de patiënt te worden bewaard, vanwege het (bewijs)belang van de overheid. Gegevens met betrekking tot calamiteiten moeten eveneens tot honderdenvijftien jaar na het incident worden bewaard. Voorts dient een patiëntendossier tot twintig jaar na laatste behandeling of het overlijden van de patiënt te worden bewaard, welke termijn ook geldt voor patiëntgegevens welke het resultaat zijn van een onderzoek met geneesmiddelen. Persoonsgegevens, die betrekking hebben op ongevallen van minderjarigen (inclusief röntgenfoto's), blijven bewaard tot het achtentwintigste levensjaar van de patiënt.⁴⁵² Voor persoonsgegevens, die van belang zijn voor gerechtelijke procedures (schade- en uitkeringsclaims) en de klachtenprocedures van de ziekenhuizen, geldt dat deze bewaard blijven tot het tijdstip waarop de procedure definitief is afgerond.⁴⁵³

Met het vormen en bewaren van een dossier worden meerdere doeleinden en belangen nagestreefd. In de eerste plaats dient het om een behoorlijk verslag van de hulpverlening waarop later de behandelaar zelf en eventuele waarnemers of andere betrokken hulpverleners kunnen terugvallen.⁴⁵⁴ Ten tweede dient het als documentatiebron bij juridische procedures.⁴⁵⁵ Ten derde is het de manier om inzage in de behandeling te krijgen door de patiënt zelf.⁴⁵⁶

3.4.3.2 De inhoud van het dossier

Het begrip 'patiëntendossier' is een verzamelbegrip, waaronder alle door hulpverleners gehanteerde vormen van registratie van patiëntgegevens worden begrepen,⁴⁵⁷ ook een

451 Zie artikel 5 Archiefwet.

452 Zie uitvoerig <www.cbppweb.nl>, de website van het College Bescherming persoonsgegevens, alsmede KNMG, Richtlijnen inzake het omgaan met medische gegevens (groene boekje), 1 januari 2010.

453 KNMG, Richtlijnen inzake het omgaan met medische gegevens (groene boekje), 1 januari 2010.

454 A.B. van Lomwel en E. van Veen, De WGBO-De betekenis voor de hulpverleners in de gezondheidszorg, Lelystad: Koninklijke Vermande 1996, p. 91. Zie voor een voorbeeld van een dossier dat onvoldoende was ingericht met het oog op raadpleging door anderen CTG 17 april 2012, *TvGr* 2012, nr. 26.

455 Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* 2009, nr. 427; A.B. van Lomwel en E. van Veen, De WGBO-De betekenis voor de hulpverleners in de gezondheidszorg, Lelystad: Koninklijke Vermande 1996, p. 91; J. Legemaate e.a., Knelpunten rond het medisch dossier, Lelystad: Koninklijke Vermande 2000, p. 18 en KNMG, Implementatie WGBO – van wet naar praktijk, Deel 3, Dossier en bewaartermijnen, Utrecht: KNMG 2004, p. 17.

456 A.B. van Lomwel en E. van Veen, De WGBO-De betekenis voor de hulpverleners in de gezondheidszorg, Lelystad: Koninklijke Vermande 1996, p. 91 en KNMG, Implementatie WGBO – van wet naar praktijk, Deel 3, Dossier en bewaartermijnen, Utrecht: KNMG 2004, p. 17.

457 Kamerstukken II 1989/90, 21561, nr. 3, p. 17 (MvT).

eventueel in de toekomst tot stand te komen elektronische variant en huidige elektronische varianten betreffende ‘telezorg’.⁴⁵⁸

Het *eigendomsrecht* van het patiëntendossier – het papier of de andere gegevensdrager – berust bij de hulpverlener.⁴⁵⁹ Overigens verdient het eigendomsbegrip enige nuancering. Binnen het gezondheidsrecht wordt algemeen aangenomen dat op de patiëntgegevens zelf – de tekst en de beelden op de gegevensdrager – geen eigendomsrechten rusten.⁴⁶⁰ Belangrijker is de vraag wie *zeggenschap* heeft over de gegevens. Dat is zowel de patiënt als de hulpverlener. De patiënt heeft ten aanzien van het dossier bepaalde rechten en de hulpverlener mag de gegevens gebruiken in het kader van de behandeling van de patiënt.⁴⁶¹ Een reeds genoemd recht van de patiënt betreft het vernietigingsrecht, neergelegd in artikel 7:455 BW. Een ander recht dat met het dossier gemoeid is, betreft het inzage- en afschrijftrecht: de patiënt heeft recht op zo spoedig mogelijke inzage in het dossier en afschrift van het patiëntendossier, aldus artikel 7:456 BW.⁴⁶² Dit laatste recht is tevens een door het EHRM onderkend recht.⁴⁶³

Terzijde wordt opgemerkt dat het patiëntendossier wordt aangemerkt als een systematische registratie van persoonsgegevens in de zin van de Wet Bescherming Persoonsgegevens (Wbp). De Wbp komt uitvoerig aan bod bij de bespreking van het verhaal van schade in de praktijk.⁴⁶⁴ Ook ingevolge de Wbp heeft de patiënt recht op inzage. Zie tevens artikel 8, eerste lid, Handvest EU

458 Gedoeld wordt op de doorstart van het elektronisch patiëntendossier (EPD). De wet die het landelijk EPD zou regelen (zie Kamerstukken 31466), is op 5 april 2011 door de Eerste Kamer verworpen. Hierna heeft de Tweede Kamer de wens uitgesproken dat er toch gebruikt wordt gemaakt van de al aangelegde ICT- infrastructuur, zie de motie van het Kamerlid Tan, Kamerstukken I 2010/11, 31466, nr. Y. In december 2011 gaven partijen uit de zorgsector aan hierin te willen investeren. Zie ook A. Ekker, ‘Van wie is het dossier? Rechten en plichten rondom patiëntgegevens’, Nictiz 2010, te downloaden via <www.nictiz.nl>. Zie voor telzorg en het patiëntendossier M.C. Ploem, ‘(Thuis)zorg op afstand in juridisch perspectief’, TvGr 2008, nr. 5, p. 312-327.

459 Kamerstukken II 1990/91, 21561, nr. 6, p. 46 (MvA). Zie voorts Kamerstukken II 1992/93, 21561, nr. 15, p. 22 (Nota naar aanleiding van het eindverslag).

460 J. Legemaate, ‘Van wie zijn medische beelden eigenlijk?’, NTvG 2011; 155: A3061.

461 J. Legemaate, ‘Van wie zijn medische beelden eigenlijk?’, NTvG 2011; 155: A3061 en A. Ekker, ‘Van wie is het dossier? Rechten en plichten rondom patiëntgegevens’, Nictiz 2010, te downloaden via <www.nictiz.nl>. Zie voorts Kamerstukken II 1992/93, 21561, nr. 15, p. 22 (Nota naar aanleiding van het eindverslag).

462 Het inzage-recht was reeds erkend, HR 2 december 1988, NJ 1989, 752, met nt. J.M.M. Maeijer.

463 In het kader van artikel 8 EVRM (het beschikkingsrecht) zie EHRM 20 januari 2009, zaaknr. 23815/04, par. 25 (Uslu/Turkije) en EHRM 19 oktober 2005, zaaknr. 32555/96, par. 167 (Roche/Verenigd Koninkrijk). In het kader van artikel 6, eerste lid, EVRM zie EHRM 9 juni 1998, zaaknr. 21825/93, par. 101 (McGinley en Egan/Verenigd Koninkrijk). Alleen inzien van de stukken is onvoldoende, zie EHRM 28 april 2009, zaaknr. 32881/04, par. 47 en 65 alsmede de *party dissenting opinion* van rechter Sikuta (K.H. e.a./Slowakije).

464 Zie hoofdstuk 8, par. 8.2.5.

waarin is bepaald dat een ieder recht heeft op bescherming van de hem betreffende persoonsgegevens.

Gezien zijn doelen, dient het medisch dossier een beeld te geven van het onderzoek en het resultaat daarvan, van de behandeling, inclusief de overwegingen die daartoe aanleiding hebben gegeven, alsmede de resultaten van de behandeling.⁴⁶⁵ Een klinisch dossier bijvoorbeeld omvat het poliklinisch dossier van elke specialist waar de patiënt bekend is, het ambulance ritformulier, het SEH formulier of de verwijbsbrief van de huisarts, radiologieverslagen en beeldmateriaal, een cumulatief overzicht van het klinisch chemisch laboratorium, uitslagen van de afdeling microbiologie, pathologieverslagen (waaronder obductieverslag), operatie- en anesthesieverslagen, medicatiehistorie en correspondentie. Voor zover dat voor een goede hulpverlening noodzakelijk is, zal het dossier ook andere gegevens kunnen bevatten. Gedacht moet onder meer worden aan röntgenfoto's, uitslagen van laboratoriumtests en brieven van andere hulpverleners. Tot de stukken kan ook behoren het patiëntendossier dat de hulpverlener heeft overgenomen van een eerder optredende hulpverlener.⁴⁶⁶ Eveneens behoort tot het patiëntendossier de verpleegkundige verslaglegging.⁴⁶⁷ Uit de jurisprudentie volgt voorts dat het dossier een aantekening te bevatten van het moment waarop welke behandeling is ingezet, evenals van de controlegegevens van vitale functies. Deze informatie is essentieel voor de gezondheid van de patiënt en andere betrokken hulpverleners.⁴⁶⁸ Om diezelfde reden moet er aantekening worden gemaakt van het voorgestane verwijzingsbeleid.⁴⁶⁹ De dossierplicht omvat ook het registreren van geleverde en voorgeschreven medische (bloed)producten.⁴⁷⁰ Het dossier moet bovendien met zodanige regelmaat en zo duidelijk worden bijgehouden dat het een goed beeld blijft geven van de gang en de stand van zaken.⁴⁷¹ Wijzigingen achteraf worden in beginsel niet toegestaan.⁴⁷²

465 Zie ook KNMG, Implementatie WGBO – van wet naar praktijk, Deel 3, Dossier en bewaartermijnen, Utrecht: KNMG 2004, p. 18-19 en 25.

466 Kamerstukken II 1989/90, 21561, nr. 3, p. 34 (MvT).

467 Kamerstukken II 1992/93, 21561, nr. 15, p. 32 (Nota naar aanleiding van het eindverslag).

468 CTG 3 september 2009, zaaknr. 2007/209; Gerechtshof Amsterdam 22 september 2005, kenbaar uit HR 20 april 2007, VR 2007, 133, met nt. G.M. van Wassenae; Rechtbank Groningen 14 februari 2007, *LJN* BA7177; Rechtbank Assen 24 oktober 2007, *LJN* BD2052; Rechtbank 's-Gravenhage 6 oktober 2009, *LJN* BK0176; Rechtbank Dordrecht 31 maart 2010, *LJN* BM0264 en RTG Zwolle 24 mei 2012, *LJN* YG2051.

469 Gerechtshof Amsterdam 24 mei 2011, *LJN* BQ7517.

470 Zie voor een voorbeeld HR 28 januari 2005, *LJN* AR6459.

471 Uitspraak CMTG jegens een psychiater uit de periode 1989-1992 (geanonimiseerd: nr. I 290), in: M.E.F. Heineman en J.H. Hubben, *De psychiater in de medische tuchtrechtspraak 1989-1997*, Lelystad: Koninklijke Vermande 1998, p. 217-218.

472 Een statuswijziging kan tot ontslag leiden Rechtbank Middelburg 23 november 2009, *LJN* BL8854.

Ingevolge artikel 7:454, tweede lid, BW voegt de hulpverlener desgevraagd een door de patiënt afgegeven verklaring met betrekking tot de in het dossier opgenomen stukken aan het dossier toe, welke verklaring vervolgens ook deel uitmaakt van het patiëntendossier.⁴⁷³

3.4.3.3 Uitzonderingen op de dossierplicht

Niet elke handeling hoeft in het patiëntendossier te worden genoteerd. Welke handeling wel en welke niet in het dossier zichtbaar moet zijn, hangt af van de omstandigheden van het geval en het gebruik ten tijde van de behandeling.⁴⁷⁴ Enkele voorbeelden uit de jurisprudentie van feitenrechters tonen dat gebruikelijke handelingen ter voorbereiding van een ingreep, zoals een standaard toegepaste wijze van plaatselijke verdoving en ontsmetting volgens een protocol, niet in het dossier hoeven te worden vermeld.⁴⁷⁵ Evenmin hoeft tot in detail te worden vermeld welke personen bij een behandeling betrokken zijn geweest.⁴⁷⁶

Persoonlijke werkaantekeningen maken geen deel uit van het patiëntendossier. Onder persoonlijke werkaantekeningen moeten worden verstaan indrukken, vermoedens of vragen die bij de hulpverlener leven.⁴⁷⁷ Om die reden wordt er vanuit gegaan dat het vernietigingsrecht van artikel 7:455 BW en het inzage- en afschriftrecht van artikel 7:456 BW niet zien op persoonlijke werkaantekeningen.⁴⁷⁸

De Hoge Raad overwoog bijvoorbeeld dat een vader geen inzage mocht hebben in de persoonlijke aantekeningen in een contactjournaal van een maatschappelijk werker betreffende zijn kinderen. Een inzagerecht in persoonlijke aantekeningen van de arts kon aan artikel 6, noch artikel 8 EVRM worden ontleend, aldus de Hoge Raad. Het vindt ook geen steun in enige andere rechtsregel en

473 Zie nader Kamerstukken II 1989/90, 21561, nr. 3, p. 18 en 36 (MvT) en Kamerstukken II 1990/91, 21561, nr. 6, p. 46-47 (MvA).

474 Zie voor een voorbeeld HR 20 april 2007, VR 2007, 133, met nt. G.M. van Wassenae; Gerechtshof Amsterdam 24 mei 2011, L/JN BQ7517 en Rechtbank Arnhem 12 juni 2006 L/JN AY7461. Zie voor voorbeelden uit de tuchtrechtspraak CTG 3 september 2009, zaaknr. 2007/209; RTG Groningen 24 maart 2009, zaaknr. 2008/01; RTG Groningen 18 augustus 2009, zaaknr. 2008/42 en RTG Zwolle 29 oktober 2009, zaaknr. 08-154.

475 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 30 augustus 2011, L/JN BT1808 en Gerechtshof Amsterdam 22 september 2005, kenbaar uit HR 20 april 2007, VR 2007, 133, met nt. G.M. van Wassenae.

476 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 30 augustus 2011, L/JN BT1808 en Rechtbank Arnhem 12 juni 2006, L/JN AY7461.

477 Kamerstukken II 1989/90, 21561, nr. 3, p. 35 (MvT); Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* 2009, nr. 428; KNMG, Implementatie WGBO – van wet naar praktijk, Deel 3, Dossier en bewaartermijnen, Utrecht: KNMG 2004, p. 20. Over de vraag of deze werkaantekeningen alsnog tot het dossier gaan behoren, indien zij toegankelijk zijn geworden voor derden, is in de rechtspraak verschillend geoordeeld, zie B. Sluijters en M.C.I.H. Biesart, De Geneeskundige behandelingsovereenkomst, Deventer: Kluwer, tweede druk, 2005, p. 70 en de daar genoemde jurisprudentie.

478 Kamerstukken II, 21561 1990/91, nr. 6, p. 45 (MvA) en KNMG, Richtlijnen inzake het omgaan met medische gegevens (groene boekje), 1 januari 2010, par. 1.1.2. Zie ook HR 29 juni 2007, NJ 2007, 638 (Dexia I); HR 29 juni 2007, NJ 2007, 335 (Dexia II) en Gerechtshof Amsterdam 5 juli 2011, L/JN BR3020.

met name niet in artikel 1:377c BW.⁴⁷⁹ Ik merk op dat ingevolge artikel 8 EVRM de patiënt een beschikkingsrecht heeft aangaande ‘*personal information relating to a patient*’, wat dus ruimer kan zijn dan het patiëntendossier.⁴⁸⁰ Een vader is evenwel niet de patiënt (deze vader had ook geen gezag) en mij is geen uitspraak van het EHRM bekend waaruit een inzage-recht van een vader in de persoonlijke gegevens van zijn kind in een civielrechtelijk kader kan worden gedestilleerd.

De MIP-melding maakt evenmin deel uit van het patiëntendossier, anders dan de verrichtingen waarbij de, in de MIP-melding opgenomen, incidenten zich voordeden.⁴⁸¹ Er wordt dan ook van uitgegaan dat geen inzage in en afschrift van de MIP-melding hoeft te worden gegeven. Bedacht zij evenwel dat ingevolge artikel 8 EVRM de patiënt een beschikkingsrecht heeft aangaande ‘*personal information relating to a patient*’, wat dus ruimer kan zijn dan het patiëntendossier.⁴⁸² Wanneer de patiënt niet de beschikking over informatie betreffende zijn persoon wordt verleend, wordt inbreuk gemaakt op het in artikel 8 EVRM (en artikel 8 Handvest EU) gewaarborgde recht. Vervolgens moet worden bezien of een inbreuk op het gewaarborgde beschikkingsrecht noodzakelijk is ter bescherming van rechten en vrijheden van anderen.⁴⁸³ In het kader van die afweging zal het belang van de hulpverlener bij het veilig kunnen melden doorgaans zwaarder wegen dan het belang van de patiënt bij informatie over de volledige inhoud van de MIP-melding.⁴⁸⁴ Deze afweging volgt tevens uit de tweede zin van artikel 7:456 BW: de verstrekking [van het patiëntendossier] blijft achterwege voor zover dit noodzakelijk is in het belang van de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van een ander.⁴⁸⁵ Iets anders is het of de patiënt kan beschikken over een afschrift van de feitenrelazen die zijn opgemaakt in het kader van het intern onderzoek

479 HR 23 januari 2003, NJ 2003, 491, met nt. J. de Boer.

480 Zie ook C.P.J. Wijnakker, ‘Omgaan met medische informatie in overeenstemming met artikel 8 EVRM’, VR 2012, nr. 11, p. 398-405.

481 Kamerstukken II 1989/90 21561, nr. 3, p. 35 (MvT); H.J.J. Leenen, J.K.M. Gevers en J. Legemaate, Handboek gezondheidsrecht, Deel I, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, vijfde geheel herziene druk, 2011, p. 253 en de aangehaalde jurisprudentie; Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* 2009, nr. 428; KNMG, Implementatie WGBO – van wet naar praktijk, Deel 3, Dossier en bewaartermijnen, Utrecht: KNMG 2004, p. 20.

482 Zie ook C.P.J. Wijnakker, ‘Omgaan met medische informatie in overeenstemming met artikel 8 EVRM’, VR 2012, nr. 11, p. 398-405.

483 Uit de tekst van artikel 8 EVRM volgt een toetsingskader ter beoordeling van gegrondheid van een klacht op grond van artikel 8 EVRM. Een inbreuk brengt nog geen schending met zich. Van een schending wordt gesproken wanneer de inbreuk niet legitiem en/of niet noodzakelijk is. Zie voorts uitvoeriger over het beschikkingsrecht ten aanzien van medische informatie hoofdstuk 8, par. 8.2.5.

484 Zie ook par. 3.4.1.2 in het kader van de informatieplicht.

485 Zie voor een belangenafweging Gerechtshof Leeuwarden 9 december 2008, NJ 2009, 200, met nt. J. Legemaate en JA 2009, 30, met nt. J.P.M. Simons. Zie ook Gerechtshof Leeuwarden (tussenvonnis) 28 februari 2007, NJ 2009, 199 en Rechtbank Arnhem 8 juli 2009, TvGr 2009, nr. 32, met nt. W.R. Kastelein. Zie anders Rechtbank Zwolle-Lelystad 20 december 2007, JA 2008, 24 (feitenrelazen moeten worden overgelegd) en Rechtbank Arnhem 11 maart 2009, JA 2009, 85, met nt. A.J. Van. Zie voor een bespreking ook J. Meyst-Michels, ‘Kroniek medische aansprakelijkheid’, AV&S 2011, nr. 1, p. 22-39.

door de MIP-commissie. Het belang van de patiënt om daarvan op de hoogte te zijn, kan zwaarder wegen dan het belang van het ziekenhuis om gegevens niet aan derden te verstrekken.⁴⁸⁶ Door alleen afschrift van het feitenrelaas te vragen, blijft de anonimiteit van de melder gewaarborgd en komt zijn belang niet in het gedrang.⁴⁸⁷ Ook is het niet uitgesloten dat de rechter in een procedure op grond van artikel 22 Rv de hulpverlener beveelt de MIP-melding zelf in het geding te brengen als daar naar zijn oordeel redenen voor zijn. Een dergelijke reden kan zijn gelegen in de omstandigheid dat de identiteit van de melder al bekend is; de waarborg van anonimiteit van de melder speelt dan immers geen rol meer.⁴⁸⁸

3.4.4 De geheimhoudingsplicht

3.4.4.1 Doel van de geheimhoudingsplicht

Artikel 7:457, eerste lid, BW bepaalt dat, onverminderd het in artikel 7:448, derde lid, tweede volzin bepaalde (indien het belang van de patiënt dit vereist dient de hulpverlener de inlichtingen aan een ander dan de patiënt te verstrekken), de hulpverlener ervoor zorg dient te dragen dat aan anderen dan de patiënt inlichtingen over de patiënt noch inzage in of afschrift van de bescheiden wordt verstrekt, dan met (expliciete) toestemming van de patiënt.⁴⁸⁹ De geheimhoudingsplicht ziet dus op zowel het verschaffen van inlichtingen als op het inzage verlenen in en afschrift geven van het medisch dossier aan derden. De geheimhoudingsplicht ten aanzien van medische gegevens vloeit eveneens voort uit artikel 8 EVRM (en artikel 8 Handvest EU);⁴⁹⁰ het gebruik van medische gegevens zonder toestemming van de patiënt is een ‘*serious interference*’ van het in artikel 8 EVRM gewaarborgde recht op privéleven.⁴⁹¹

486 Zie voor een belangenafweging Rechtbank Zwolle-Lelystad 20 december 2007, JA 2008, 24.

487 Zie ook par. 3.4.1.3 in het kader van de informatieplicht.

488 Rechtbank Arnhem 11 maart 2009, JA 2009, 85, met nt. A.J. Van. Zie voor een bespreking ook J. Meyst-Michels, ‘Kroniek medische aansprakelijkheid’, AV&S 2011, nr. 1, p. 22-39.

489 Zie over expliciete toestemming Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* 2009, nr. 434. Zie ook KNMG, Implementatie WGBO – van wet naar praktijk, Deel 4, Toegang tot patiëntgegevens, Utrecht: KNMG 2004, p. 25-26.

490 Zie EHRM 17 juli 2008, zaaknr. 20511/03 (I./Finland) en EHRM 28 april 2009, zaaknr. 32881/04 (K.H. e.a./Slowakije). Zie over medische informatie en artikel 8 EVRM uitvoeriger C.P.J. Wijnakker, ‘Omgaan met medische informatie in overeenstemming met artikel 8 EVRM’, VR 2012, nr. 11, p. 398-405 en M. Buijsen e.a., Medisch beroepsgeheim in dubio, De verhouding van het medisch beroepsgeheim tot zwaarwegende maatschappelijke belangen, Erasmus Universiteit Rotterdam, oktober 2012, p. 29-32 (met bespreking van jurisprudentie van het EHRM).

491 Zie EHRM 25 februari 1997, zaaknr. 22009/93, par. 112 (Z./Finland).

Algemeen aanvaard is dat de geheimhoudingsplicht zowel een individueel belang als een algemeen belang dient.⁴⁹² Het *individuele belang* ziet op de waardering van het recht op privéleven van de patiënt. Dit laatste recht is vastgelegd in zowel supranationale, internationale als nationale wetgeving.⁴⁹³ De strekking ervan is de patiënt zo veel mogelijk in de gelegenheid te stellen zijn eigen leven te leiden en tot ontwikkeling te komen. Het individuele belang kent voorts elementen van het zelfbeschikkingsrecht en van de lichamelijke integriteit.⁴⁹⁴ Het *algemeen belang* betreft de vrije toegang tot de gezondheidszorg, zodat elke patiënt zonder angst voor het doorgeven van vertrouwelijke informatie, zijn arts mededelingen kan doen.⁴⁹⁵ Met dit laatste belang wordt de toegankelijkheid tot de zorg gediend, neergelegd in artikel 22 Gw.⁴⁹⁶ Staat het vertrouwen ter discussie dan kunnen burgers ervan worden weerhouden hulp te zoeken of zullen zij zich terughoudender opstellen bij het geven van relevante informatie aan de hulpverlener.⁴⁹⁷ In het geschetste kader past het algemeen aanvaarde uitgangspunt dat het geheim toebehoort aan de patiënt.⁴⁹⁸

De geheimhoudingsplicht wordt ook aangeduid met de term ‘medisch beroepsgeheim’, dat bestaat uit de zwijgplicht en het verschoningsrecht.⁴⁹⁹ De *zwijgplicht* of geheimhoudingsplicht is de plicht te zwijgen over al hetgeen de hulpverlener bekend is geworden in de uitoefening van zijn beroep. Het *ver-*

492 H.J.J. Leenen, J.K.M. Gevers, J. Legemaate, Handboek gezondheidsrecht, Deel I, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, vijfde geheel herziene druk, 2011, p. 225; W.J.L.M. Duijst-Heesters, Boeven in het ziekenhuis, een juridische beschouwing over de verhouding tussen het medisch beroepsgeheim en de opsporing van strafbare feiten (diss. Nijmegen), Den Haag: Sdu Uitgevers, tweede druk, 2007, p. 26 en M. Buijsen e.a., Medisch beroepsgeheim in dubio, De verhouding van het medisch beroepsgeheim tot zwaarwegende maatschappelijke belangen, Erasmus Universiteit Rotterdam, oktober 2012, p. 14. Zie voor een voorbeeld HR 27 mei 2008, NJ 2008, 407, met nt. J. Legemaate, rov. 5.6 in een zaak betreffende de geheimhoudingsplicht van een apotheker.

493 Artikel 8 EVRM, artikel 17 van het Internationaal verdrag inzake burgerrechten en politie rechten, artikel 8 Handvest EU en de artikelen 10, 11, 12 en 13 Gw.

494 Zie uitvoeriger W.J.L.M. Duijst-Heesters, Boeven in het ziekenhuis, een juridische beschouwing over de verhouding tussen het medisch beroepsgeheim en de opsporing van strafbare feiten (diss. Nijmegen), Den Haag: Sdu Uitgevers, tweede druk, 2007, p. 26-29.

495 Zie in dat kader ook de jurisprudentie van het EHRM in het kader van artikel 8 EVRM, EHRM 27 augustus 1997, zaaknr. 20837/92 (M.S./Zweden); EHRM 2 juni 2009, zaaknr. 36936/05 (Szuluk/Verenigd Koninkrijk) en EHRM 17 januari 2012, zaaknr. 20376/05 (Varapnickaitė-Mažylienė/Litouwen). Zie uitvoeriger over de geheimhoudingsplicht van medische informatie tegen de achtergrond van artikel 8 EVRM uitvoeriger C.P.J. Wijnakker, ‘Omgaan met medische informatie in overeenstemming met artikel 8 EVRM’, VR 2012, nr. 11, p. 398-405.

496 Zie voorts artikel 35 Handvest EU en artikel 168 VwEU.

497 Zie onderzoek uit Amerika besproken door W.J.L.M. Duijst-Heesters, Boeven in het ziekenhuis, een juridische beschouwing over de verhouding tussen het medisch beroepsgeheim en de opsporing van strafbare feiten (diss. Nijmegen), Den Haag: Sdu Uitgevers, tweede druk, 2007, p. 32.

498 H.J.J. Leenen, J.K.M. Gevers en J. Legemaate, Handboek gezondheidsrecht, Deel I, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, vijfde geheel herziene druk, 2011, p. 225.

499 H.J.J. Leenen, J.K.M. Gevers en J. Legemaate, Handboek gezondheidsrecht, Deel I, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, vijfde geheel herziene druk, 2011, p. 226.

schoningsrecht is het wettelijk beschermde recht om af te zien van het afleggen van een verklaring voor de rechter.⁵⁰⁰

Uitgangspunt is dat iedereen die in de gezondheidszorg werkzaam is een geheimhoudingsplicht heeft.⁵⁰¹ Dit kan gelegen zijn in de overeengekomen geneeskundige behandelingsovereenkomst of voortvloeien uit het feit dat de hulpverlener een beroep uitoefent in de gezondheidszorg.⁵⁰² De geheimhoudingsplicht geldt dus niet alleen voor de individuele arts, maar ook voor de zorginstelling, die ervoor moet zorgen dat zijn medewerkers deze verplichting nakomen.⁵⁰³ Niet alle medewerkers zijn echter hulpverleners en daarmee zou het probleem kunnen ontstaan dat wat aan de ene kant aan de hulpverlener in vertrouwen wordt meegedeeld, via de achterdeur van betrokken personeel toch naar buiten wordt gebracht. Dit wordt ondervangen door de figuur van het 'afgeleid beroepsgeheim'. Zo hebben niet-medisch personeel, de Raad van Bestuur en de MIP-Commissie een afgeleid beroepsgeheim.⁵⁰⁴ Ook arts-assistenten, coassistenten en stagiaires hebben een afgeleid beroepsgeheim,⁵⁰⁵ evenals de Inspectie voor de gezondheidszorg (IGZ).⁵⁰⁶

De geheimhoudingsplicht geldt ten opzichte van iedereen, met uitzondering van de patiënt zelf.⁵⁰⁷ Hulpverleners die niet rechtstreeks bij de behandeling van de patiënt zijn betrokken hebben dus geen recht op informatie over de patiënt;⁵⁰⁸ overdracht van het patiëntendossier

500 Zie daarover uitvoeriger hoofdstuk 8, par. 8.3.1.2.

501 Zie uitvoeriger M. Buijsen e.a., Medisch beroepsgeheim in dubio, De verhouding van het medisch beroepsgeheim tot zwaarwegende maatschappelijke belangen, Erasmus Universiteit Rotterdam, oktober 2012, p. 35-36.

502 De geheimhoudingsplicht van de arts vloeit voort uit de aard van zijn beroep, HR 21 april 1913, NJ 1913, 958. Zie ook artikel 88 Wet BIG en artikel 272 Sr.

503 Zie bijvoorbeeld artikel 4 van de Wet Klachtrecht Cliënten Zorgsector. Zie ook Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* 2009, nr. 434.

504 Zie bijvoorbeeld Rechtbank Assen 21 januari 2010, LJN BL0102.

505 W.J.L.M. Duijst-Heesters, Boeven in het ziekenhuis, een juridische beschouwing over de verhouding tussen het medisch beroepsgeheim en de opsporing van strafbare feiten (diss. Nijmegen), Den Haag: Sdu Uitgevers, tweede druk, 2007, p. 53 en H.J.J. Leenen, J.K.M. Gevers, J. Legemaate, Handboek gezondheidsrecht, Deel I, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, vijfde geheel herziene druk, 2011, p. 227. Onderzoekers in het kader van medisch-wetenschappelijk onderzoek zouden daarentegen geen beroepsgeheim hebben, zo valt op te maken uit EHRM 3 april 2012, GJ 2012, 91, met nt. A.C. Hendriks.

506 Het beroepsgeheim van de IGZ is afgeleid van de arts, maar thans neergelegd in de Wet uitbreiding van de bestuurlijke handhavinginstrumenten in de wetgeving op het gebied van de volksgezondheid, Wet van 15 april 2010, Stb. 2010, 191. Zie ook HR 12 februari 2013, LJN BV3004.

507 H.J.J. Leenen, J.K.M. Gevers en J. Legemaate, Handboek gezondheidsrecht, Deel I, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, vijfde geheel herziene druk, 2011, p. 230 en M. Buijsen e.a., Medisch beroepsgeheim in dubio, De verhouding van het medisch beroepsgeheim tot zwaarwegende maatschappelijke belangen, Erasmus Universiteit Rotterdam, oktober 2012, p. 36.

508 W.J.L.M. Duijst-Heesters, Boeven in het ziekenhuis, een juridische beschouwing over de verhouding tussen het medisch beroepsgeheim en de opsporing van strafbare feiten (diss. Nijmegen), Den Haag: Sdu Uitgevers, tweede druk, 2007, p. 41 en H.J.J. Leenen, J.K.M. Gevers en J. Legemaate, Handboek gezondheidsrecht, Deel I, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, vijfde geheel herziene druk, 2011, p. 231.

kan niet zonder toestemming van de patiënt gebeuren.⁵⁰⁹ Naastgelegen andere patiënten, familieleden en partners mogen evenmin op de hoogte geraken van informatie betreffende de patiënt.⁵¹⁰ Ook wanneer de behandelingsovereenkomst met de dood van de patiënt tot een einde is gekomen, blijft het beroepsgeheim van toepassing. De grondslag daarvoor is gelegen in het met de geheimhoudingsplicht gemoeide algemeen belang. De patiënt neemt zijn recht op geheim 'mee het graf in'.⁵¹¹

3.4.4.2 De inhoud van het geheim

De geheimhoudingsplicht ziet op het 'toevertrouwd geheim'. Dit is een bewust vertrouwelijk gedane mededeling.⁵¹² De informatie hoeft niet per definitie te zijn verkregen binnen de muren van de behandelpraktijk en de patiënt behoeft niet noodzakelijkerwijs bij kennis te zijn om van 'toevertrouwen' te mogen spreken.⁵¹³ Tevens valt onder het geheim datgene wat de hulpverlener ter kennis is gekomen vanwege het enkele feit dat de patiënt zich tot hem wendt. Gedacht moet worden aan gegevens die blijken uit de anamnese, radiologische beelden, laboratoriumuitslagen en diagnosestelling.⁵¹⁴ Onder de geheimhoudingsplicht vallen voorts feiten waarvan de arts in zijn hoedanigheid kennis heeft gekregen en waarvan de openbaarmaking het vertrouwen zou beschamen dat patiënten met het oog op zijn hulpverlenende taak in hem moeten kunnen stellen; dit kunnen dus ook niet-medische

509 Kamerstukken II 1989/90 21561, nr. 3, p. 39 (MvT).

510 H.J.J. Leenen, J.K.M. Gevers en J. Legemaate, *Handboek gezondheidsrecht*, Deel I, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, vijfde geheel herziene druk, 2011, p. 230.

511 J.L.M. Duijst-Heesters, *Boeven in het ziekenhuis, een juridische beschouwing over de verhouding tussen het medisch beroepsgeheim en de opsporing van strafbare feiten* (diss. Nijmegen), Den Haag: Sdu Uitgevers, tweede druk, 2007, en de door haar aangehaalde literatuur op p. 48; H.J.J. Leenen, J.K.M. Gevers, J. Legemaate, *Handboek gezondheidsrecht*, Deel I, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, vijfde geheel herziene druk, 2011, p. 232; E.J.C. de Jong, 'Mogen nabestaanden het dossier van een overledene inzien? Zes rechterlijke uitspraken', *MC augustus* 1998 (53) nr. 32/33, p. 1017-1020; M.C. Ploem, 'Inzage in het medisch dossier na overlijden van de patiënt: uitgangspunten en actuele ontwikkelingen in de rechtspraak', *NTvG* 1999; 143:1826-9; S.V. Mewa, 'Gaan alle geheimen mee in het graf?' *VR* 2009, nr. 7/8, p. 205-212 en KNMG, *Richtlijn De dokter en de dood*, 2002. Zie in gelijke zin *Gerechtshof Amsterdam* 11 juli 1996, *TvGr* 1997, nr. 13.

512 H.J.J. Leenen, J.K.M. Gevers en J. Legemaate, *Handboek gezondheidsrecht*, Deel I, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, vijfde geheel herziene druk, 2011, p. 229.

513 J.L.M. Duijst-Heesters, *Boeven in het ziekenhuis, een juridische beschouwing over de verhouding tussen het medisch beroepsgeheim en de opsporing van strafbare feiten* (diss. Nijmegen), Den Haag: Sdu Uitgevers, tweede druk, 2007, p. 37; H.J.J. Leenen, J.K.M. Gevers, J. Legemaate, *Handboek gezondheidsrecht*, Deel I, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, vijfde geheel herziene druk, 2011, p. 229 en M. Buijsen e.a., *Medisch beroepsgeheim in dubio, De verhouding van het medisch beroepsgeheim tot zwaarwegende maatschappelijke belangen*, Erasmus Universiteit Rotterdam, oktober 2012, p. 38.

514 H.J.J. Leenen, J.K.M. Gevers en J. Legemaate, *Handboek gezondheidsrecht*, Deel I, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, vijfde geheel herziene druk, 2011, p. 229 en M. Buijsen e.a., *Medisch beroepsgeheim in dubio, De verhouding van het medisch beroepsgeheim tot zwaarwegende maatschappelijke belangen*, Erasmus Universiteit Rotterdam, oktober 2012, p. 37 en 81.

feiten betreffen.⁵¹⁵ Onder de geheimhoudingsplicht valt daarnaast datgene wat een derde aan de hulpverlener over een patiënt heeft meegedeeld.⁵¹⁶

3.4.4.3 Uitzonderingen op de geheimhoudingsplicht⁵¹⁷

Ten eerste kan het beroepsgeheim worden doorbroken, indien de patiënt *toestemming* geeft om informatie aan derden te verstrekken.⁵¹⁸ Hierbij past een kanttekening: indien de patiënt aan de hulpverlener toestemming geeft om informatie aan derden te verschaffen, brengt dit niet automatisch met zich dat de hulpverlener verplicht is de informatie ook daadwerkelijk te verschaffen. De hulpverlener behoudt hierin een eigen verantwoordelijkheid.⁵¹⁹ De reden is gelegen in het feit dat spreken van de hulpverlener het algemeen vertrouwen in hulpverleners kan schaden; hier speelt het algemeen belang dus een rol. Voorts kan ondanks toestemming van de patiënt (een deel van) informatie worden achtergehouden voor zover het de persoonlijke levenssfeer van een ander schaadt, aldus artikel 7:457, eerste lid, tweede volzin, BW.⁵²⁰

Een tweede grond om het beroepsgeheim te mogen doorbreken, is gelegen in een *wettelijke bepaling* die verplicht tot openbaarmaking, aldus artikel 7:457, eerste lid, derde volzin,

515 Een en ander staat het meest duidelijk omschreven in artikel 88 Wet BIG. NAW gegevens bijvoorbeeld vallen onder het beroepsgeheim, HR 29 juni 2004, NJ 2005, 273, met nt. G. Knigge. Zie ook Rechtbank Groningen 22 januari 2010, L/JN BL0233. Zie nog anders Kantonrechter Utrecht 13 november 1996, NJ 1997, 417. Zie nader M. Buijsen e.a., Medisch beroepsgeheim in dubio, De verhouding van het medisch beroepsgeheim tot zwaarwegende maatschappelijke belangen, Erasmus Universiteit Rotterdam, oktober 2012, p. 81. Het feit dat de patiënt een klaagschrift betreffende het handelen van de arts heeft ingediend bij een medisch tuchtcollege valt ook onder het beroepsgeheim, zie HR 12 februari 2013, L/JN BY5677.

516 J.L.M. Duijst-Heesters, Boeven in het ziekenhuis, een juridische beschouwing over de verhouding tussen het medisch beroepsgeheim en de opsporing van strafbare feiten (diss. Nijmegen), Den Haag: Sdu Uitgevers, tweede druk, 2007, p. 38 en H.J.J. Leenen, J.K.M. Gevers, J. Legemaate, Handboek gezondheidsrecht, Deel I, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, vijfde geheel herziene druk, 2011, p. 229.

517 De doorbreking van het beroepsgeheim is op verzoek van de Minister van VWS aan een onderzoek onderworpen, zie haar brief van 1 maart 2012, kenmerk: MEVA/BO-3082928. Dit onderzoek is op 1 oktober 2012 gereed gekomen, zie onderzoeksrapport Medisch beroepsgeheim in dubio van de Erasmus Universiteit te Rotterdam. In de brief waarmee het rapport aan de Tweede Kamer is aangeboden op 16 januari 2013 (kenmerk MEVA-U-3147305) is opgemerkt dat het beroepsgeheim geen wettelijke aanpassing behoeft. In bijlage 1 van de brief zijn de gronden voor doorbreking genoemd. Zie voor de bespreking van gronden voor doorbreking van het beroepsgeheim in het rapport zelf: M. Buijsen e.a., Medisch beroepsgeheim in dubio, De verhouding van het medisch beroepsgeheim tot zwaarwegende maatschappelijke belangen, Erasmus Universiteit Rotterdam, oktober 2012, p. 34 en p. 48-57.

518 Opgemerkt wordt dat dan nog steeds sprake is van het in artikel 8 EVRM gewaarborgde recht op privéleven maar dat gebruik van medische gegevens door zijn toestemming wordt gelegitimeerd.

519 Zie voor voorbeelden Rechtbank Haarlem 21 mei 1987, NJ 1988, 624 en Gerechtshof Arnhem 8 maart 1983, NJ 1984, 212.

520 Vergelijk het recht van inzage op dit punt. Zie voorts uitvoerig H.J.J. Leenen, J.K.M. Gevers, J. Legemaate, Handboek gezondheidsrecht, Deel I, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, vijfde geheel herziene druk, 2011, p. 238-239.

BW.⁵²¹ Een voorbeeld is de verplichting van artikel 21 Wet publieke gezondheid om van bepaalde infectieziekten melding te doen aan de Gemeentelijke of Gemeenschappelijke Gezondheidsdienst (GGD). Een ander voorbeeld betreft de verplichting van de bedrijfsarts om op grond van artikel 9, derde lid, van de Arbeidsomstandighedenwet een aangetoonde beroepsziekte te melden bij het Nederlands Centrum voor Beroepsziekten.⁵²² Een voorbeeld is ook de wettelijke plicht van de schouwarts om op grond van artikel van de Wet op de Lijkbezorging een verklaring af te geven over de oorzaak van de dood van de patiënt en het melden van levensbeëindiging op grond van de Wet Toetsing Levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding.⁵²³ Een voorbeeld tot slot betreft de bevoegdheid van de IGZ, neergelegd in de Wet uitbreiding van de bestuurlijke handhavinginstrumenten in de wetgeving op het gebied van de volksgezondheid om het patiëntendossier zonder toestemming van de patiënt in te zien.⁵²⁴

Een derde uitzondering op de geheimhoudingsplicht ziet op ‘anderen’ die in het belang van de patiënt geïnformeerd moeten worden over de patiënt zonder diens toestemming. De eerste groep van ‘anderen’ betreft de personen die in het kader van de therapeutische exceptie in plaats van de patiënt geïnformeerd worden, aldus artikel 7:457, eerste lid, BW in samenhang gelezen met artikel 7:448, derde lid, BW. Onder de tweede groep van ‘anderen’ vallen degenen die rechtstreeks betrokken zijn bij de uitvoering van de behandelingsovereenkomst en degene die optreedt als vervanger van de hulpverlener, artikel 7:457, tweede lid, BW.⁵²⁵ De derde groep van ‘anderen’ wordt omschreven in artikel 7:457, derde lid, BW. Degenen wier toestemming ter zake van de uitvoering van de behandelingsovereenkomst op grond van de artikelen 7:450 BW en 7:465 BW vereist is (de (wettelijk) vertegenwoordiger), mogen worden geïnformeerd en mogen inzage hebben in het medisch dossier. In afwijking van artikel 7:457 BW kunnen zonder toestemming van de patiënt

521 In het kader van artikel 8 EVRM wordt opgemerkt dat wanneer wordt aangetoond dat de inbreuk op het met het privéleven gemoeide geheimhoudingsrecht in overeenstemming is met de wet, artikel 8 EVRM niet geschonden zal worden geacht. Zie voor een overzicht van de wettelijke uitzonderingsgronden ook bijlage 2 bij de brief van de Minister van VWS d.d. 16 januari 2013, met kenmerk MEVA-U-3147305 (brief naar aanleiding van het onderzoeksrapport Medisch beroepsgeheim in dubio, oktober 2012) en M. Buijsen e.a., Medisch beroepsgeheim in dubio, De verhouding van het medisch beroepsgeheim tot zwaarwegende maatschappelijke belangen, Erasmus Universiteit Rotterdam, oktober 2012, p. 34 en p. 48-54.

522 Wet van 18 maart 1999, Stb. 1999, 184.

523 Wet van 12 april 2001, Stb. 2001, 194. Zie ook H.J.J. Leenen, J.K.M. Gevers, J. Legemaate, Handboek gezondheidsrecht, Deel I, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, vijfde geheel herziene druk, 2011, p. 239.

524 Wet van 15 april 2010, Stb. 2010, 191.

525 Hieronder valt ook de geraadpleegde arts op afstand, bijvoorbeeld in het kader van teleradiologie. Zie E. Dans en P.R. van der Vorst, ‘Teleradiologie. Enkele juridische implicaties van een nieuw fenomeen’, *TvGr* 2008, nr. 3, p. 187-197. Opvolgende behandelaars vallen daar niet onder. Of een terugkoppeling aan de huisarts zonder toestemming van de patiënt kan, wordt verschillende beoordeeld. Wel toestemming: RTG Eindhoven 26 oktober 2011, *LJN* YG1457, geen toestemming: RTG Amsterdam 3 april 2012, *TvGr* 2012, nr. 33, met nt. M.C. Ploem en A.C. Hendriks. Wel wordt de eis gesteld dat de verstrekking zonder toestemming alleen ziet op noodzakelijke gegevens.

gegevens ook worden verstrekt aan derden in het kader van statistiek of wetenschappelijk onderzoek, aldus artikel 7:458 BW.⁵²⁶

Ten vierde kan het beroepsgeheim worden doorbroken, indien de hulpverlener bij het handhaven van de geheimhoudingsplicht in een noodtoestand of overmachtsituatie, in de zin van een *conflict van plichten*, zou komen te verkeren.⁵²⁷ De hulpverlener mag zijn beroepsgeheim doorbreken, indien dat noodzakelijk is om een belang te dienen dat zwaarder weegt dan het belang dat met de geheimhouding is gediend.⁵²⁸ Het is de hulpverlener zelf die moet afwegen of sprake is van een conflict van plichten en welk belang hij laat prevaleren. Een conflict van plichten mag niet snel worden aangenomen; het betreft hoogst uitzonderlijke situaties.⁵²⁹

In de literatuur zijn criteria ontwikkeld die behulpzaam kunnen zijn bij de vraag of doorbreking op grond van een conflict van plichten toelaatbaar is: doorbreking van het beroepsgeheim is gerechtvaardigd wanneer alles in het werk is gesteld om toestemming tot doorbreking van het geheim te verkrijgen, het niet-doorbreken van het geheim voor een ander ernstig nadeel oplevert, de zwijgplichtige in gewetensnood verkeert door het handhaven van de zwijgplicht, er geen andere weg is dan doorbreking van het geheim om het probleem op te lossen, het zeker is dat door de geheimdoorbreking de schade aan de ander kan worden voorkomen of beperkt en het geheim zo min mogelijk wordt geschonden.⁵³⁰

526 Zie ook Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* 2009, nr. 441-442.

527 Zie ook H.J.J. Leenen, J.K.M. Gevers, J. Legemaate, *Handboek gezondheidsrecht*, Deel I, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, vijfde geheel herziene druk, 2011, p. 239 en M. Buijsen e.a., *Medisch beroepsgeheim in dubio*, De verhouding van het medisch beroepsgeheim tot zwaarwegende maatschappelijke belangen, Erasmus Universiteit Rotterdam, oktober 2012, p. 54-55.

528 Zie in dat licht het toetsingskader van artikel 8 EVRM en het in dat artikel gewaarborgde recht op geheimhouding van gegevens betreffende patiënt C.P.J. Wijnakker, 'Omgaan met medische informatie in overeenstemming met artikel 8 EVRM', *VR* 2012, nr. 11, p. 398-405. Zie voorts hoofdstuk 8, par. 8.2.5.

529 Kamerstukken II 1989/90, 21561, nr. 3, p. 40 (MvT).

530 H.J.J. Leenen, J.K.M. Gevers, J. Legemaate, *Handboek gezondheidsrecht*, Deel I, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, vijfde geheel herziene druk, 2011, p. 240 en J.L.M. Duijst-Heesters, *Boeven in het ziekenhuis*, een juridische beschouwing over de verhouding tussen het medisch beroepsgeheim en de opsporing van strafbare feiten (diss. Nijmegen), Den Haag: Sdu Uitgevers, tweede druk, 2007, p. 64. Zie voor een voorbeeld CMT 28 september 1972, *NJ* 1973, 270 (melden kindermishandeling). Inmiddels bevat artikel 53, derde lid, Wet op de Jeugdzorg een codificatie van een belangenafweging. Zie voor het voorbeeld van het verstrekken van erfelijkheidsgegevens Kamerstukken II 1989/90, 21561, nr. 3, p. 40 (MvT). Zie voor een *plicht* om het geheim te doorbreken J. Legemaate, 'Beroepsgeheim en verschoningsrecht in de gezondheidszorg', *NJB* afl. 40/2009 en H.J.J. Leenen, J.K.M. Gevers, J. Legemaate, *Handboek gezondheidsrecht*, Deel I, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, vijfde geheel herziene druk, 2011, p. 242 en Gerechtshof Leeuwarden 22 december 2004, *TvGr* 2005, nr. 3 evenals Rechtbank Assen 16 juli 2003, *TvGr* 2003, nr. 64. Zie voorts naar aanleiding van een schietincident te Alphen, april 2011: J. Legemaate, 'Beperken van het medisch beroepsgeheim', *NJB* afl. 41/2011, p. 2784-2785. Zie voorts KNMG, *Herziene Handreiking beroepsgeheim en politie/justitie*, februari

Een vijfde grond kan worden gevonden in de aanwezigheid van een *zwaarwegend belang* (zonder dat zich (direct) een conflict van plichten aandient). Indien er voldoende concrete aanwijzingen zijn dat door handhaving van het beroepsgeheim een ander zwaarwegend belang wordt geschaad en het medisch dossier of de inlichting opheldering kan verschaffen, welke opheldering niet op andere wijze kan worden verkregen, dan mag het beroepsgeheim worden doorbroken.⁵³¹ Een voorbeeld van een zwaarwegend belang is het recht van een persoon om te weten van wie hij afstamt.⁵³² Andere voorbeelden van zwaarwegende belangen zijn het met behulp van medische informatie kunnen vaststellen van de geestesvermogens (bijvoorbeeld in het kader van een huwelijk op hoge leeftijd) en de verdediging van de hulpverlener in een straf- of tuchtzaak,⁵³³ of in een civiele procedure.⁵³⁴

Is de patiënt overleden, dan ligt de geheimhoudingsplicht en de mogelijkheid van een doorbreking van het beroepsgeheim gecompliceerder. Toestemming voor doorbreking van het beroepsgeheim kan niet meer worden gegeven, maar invoelbaar is dat nabestaanden een (rechtmatig) belang kunnen hebben bij inzage in de medische gegevens van de overleden patiënt. De doorbreking van het beroepsgeheim is dan ook vaak onderwerp van procedures, bijvoorbeeld in het kader van het recht op uitkering uit een levensverzekering, of in het

2012, alsmede Y. Bururma, 'Komt een agent bij de dokter', *NJB* afl. 8/2012, p. 517 en KNMG, 'Beroepsgeheim niet absoluut', *NJB* afl. 8/2012, p. 571-572.

531 HR 20 april 2001, *NJ* 2001, 600, met nt. W.M. Kleijn en F.C.B. van Wijmen (in het kader van het geheim na overlijden). Zie ook H.J.J. Leenen, J.K.M. Gevers, J. Legemaate, *Handboek gezondheidsrecht*, Deel I, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, vijfde geheel herziene druk, 2011, p. 241 en M. Buijsen e.a., *Medisch beroepsgeheim in dubio*, De verhouding van het medisch beroepsgeheim tot zwaarwegende maatschappelijke belangen, Erasmus Universiteit Rotterdam, oktober 2012, p. 55-56. Zie in dat licht het toetsingskader van artikel 8 EVRM en het in dat artikel gewaarborgde recht op geheimhouding van gegevens betreffende patiënt C.P.J. Wijnakker, 'Omgaan met medische informatie in overeenstemming met artikel 8 EVRM', *VR* 2012, nr. 11, p. 398-405. Zie voorts hoofdstuk 8, par. 8.2.5.

532 Neergelegd in artikel 7 van het Verdrag inzake de rechten van het kind, bij welk verdrag Nederland partij is. Zie voor het recht als zwaarwegend belang HR 15 april 1994, *NJ* 1994, 608, met nt. W.C.E. Hammerstein-Schoonderwoerd, rov. 3.4.1. Zie in dezelfde zin Rechtbank Arnhem 25 januari 2012, *LJN* BV6218.

533 Zie J.L.M. Duijst-Heesters, Boeven in het ziekenhuis, een juridische beschouwing over de verhouding tussen het medisch beroepsgeheim en de opsporing van strafbare feiten (diss. Nijmegen), Den Haag: Sdu Uitgevers, tweede druk, 2007, en de door haar aangehaalde jurisprudentie op p. 68-69. Zie over de verdediging in rechte door de hulpverlener ook H.J.J. Leenen, J.K.M. Gevers, J. Legemaate, *Handboek gezondheidsrecht*, Deel I, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, vijfde geheel herziene druk, 2011, p. 233: het recht op een eerlijk proces (artikel 6 EVRM) is een zwaarwegend belang, met verwijzing naar CMT 14 november 1996, *TvGr* 1997, nr. 11; CTG 6 september 2001, *TvGr* 2001, nr. 63 en CTG 10 april 2003, zaaknr. 2002/203. In civiele zaken geldt de toestemming; H.J.J. Leenen, J.K.M. Gevers, J. Legemaate, *Handboek gezondheidsrecht*, Deel I, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, vijfde geheel herziene druk, 2011, p. 233-234 met verwijzing naar MT Amsterdam 24 juni 1985, *TvGr* 1988, nr. 16 en CMT 14 september 1989, *TvGr* 1990, nr. 44 en 45.

534 Ingevolge de jurisprudentie van het EHRM inzake artikel 8 EVRM volgt dat de verdediging in een civiele procedure als een legitiem doel wordt gezien om zonder toestemming van de patiënt van diens persoonlijke informatie gebruik te maken, zie EHRM 10 oktober 2006, zaaknr. 7508/02 (L.L./Frankrijk). Wat de verdediging in het buitengerechtelijk traject zijn geen uitspraken bekend, zie daarover ook C.P.J. Wijnakker, 'Omgaan met medische informatie in overeenstemming met artikel 8 EVRM', *VR* 2012, nr. 11, p. 398-405.

kader van een procedure die ziet op een vermeende beroepsfout ten opzichte van de overleden patiënt.⁵³⁵ In de praktijk wordt met dit probleem omgegaan door uit te gaan van de *veronderstelde toestemming* van de overledene,⁵³⁶ indien het aannemelijk is dat de overleden patiënt het door de nabestaanden gestelde belang zou hebben willen bevorderen.⁵³⁷ Die aannemelijkheid dient concreet te worden gemaakt.⁵³⁸

Zie voor een voorbeeld een arrest van het Gerechtshof 's-Hertogenbosch, naar aanleiding van het verzoek van een nabestaande aan de hulpverlener om inzage in het medisch dossier van zijn vader. Het hof formuleerde zes gezichtspunten, waaraan diende te zijn voldaan, wil van een veronderstelde toestemming gesproken mogen worden. Deze gezichtspunten zijn de volgende:

- a. een verondersteld belang van de overledene zelf, in een situatie waarbij er jegens die overledene fouten zouden zijn gemaakt;
- b. eigen belangen van de nabestaanden van materiële aard, zulks met het oog op een actie uit hoofde van artikel 6:108 BW (overlijdensschade);
- c. eigen belangen van nabestaanden van immateriële aard, zoals het verwerken van het verlies van de overledene;
- d. de waarschijnlijkheid dat gelet op de nauwe familierelatie, zulks door de overledene ongetwijfeld aanleiding zou zijn geweest tot het geven van toestemming;
- e. de aanwezigheid van aanwijzingen in het medisch dossier waaruit afgeleid kan worden dat de overledene waarschijnlijk zijn toestemming zou hebben verleend;
- f. overige aanwijzingen waaruit zulks, dan wel het tegendeel, kan blijken.

In casu werd de vordering afgewezen nu de nabestaande publicatie van het medisch dossier beoogde en onvoldoende was gesteld over de wens van de overledene hieromtrent.⁵³⁹

535 Zie ook M.C. Ploem, 'Inzage in het medisch dossier na overlijden van de patiënt: uitgangspunten en actuele ontwikkelingen in de rechtspraak', *NTvG* 1999; 143:1826-9.

536 Zie ook H.J.J. Leenen, J.K.M. Gevers, J. Legemaate, *Handboek gezondheidsrecht*, Deel I, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, vijfde geheel herziene druk, 2011, p. 232.

537 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 18 september 2000, *NJ* 2001, 555. Zie anders Rechtbank Leeuwarden 8 juni 2011, *JA* 2011, 146, met nt. R.P. Wijne.

538 Zie in die zin ook E.J.C. de Jong, 'Mogen nabestaanden het dossier van een overledene inzien? Zes rechterlijke uitspraken', *MC* augustus 1998 (53) nr. 32/33, p. 1017-1020.

539 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 12 december 2002, *NJ* 2003, 379, met nt. F.C.B. van Wijmen. Zie voor een voorbeeld van onvoldoende aanwijzingen ook Rechtbank 's-Gravenhage 28 juni 1996, *TvGr* 1997, nr. 14 en Rechtbank Leeuwarden 8 juni 2011, *JA* 2011, 146, met nt. R.P. Wijne.

Een andere mogelijkheid voor doorbreking van het beroepsgeheim bij een overleden patiënt is gelegen in de (door de nabestaande te motiveren) aanwezigheid van een zwaarwegend belang dat doorbreking van het beroepsgeheim rechtvaardigt.⁵⁴⁰ Als voorbeeld van een zwaarwegend belang kan worden gedacht aan een combinatie van grote financiële belangen van een partij, zoals een testamentwijziging én concrete aanwijzingen dat er ten tijde van de testamentwijziging sprake lijkt te zijn geweest van wilsonbekwaamheid,⁵⁴¹ evenals het belang van de hulpverlener om zich in een straf- of tuchtzaak te kunnen verdedigen.⁵⁴² Een zuiver emotioneel belang of een zuiver financieel van de nabestaande daarentegen is doorgaans onvoldoende.⁵⁴³ Een voorbeeld van een ander zwaarwegend belang is dat van de waarheidsvinding.⁵⁴⁴ In het strafrecht – waar hetzelfde probleem zich voordoet in het kader van onderzoek door het Openbaar Ministerie (OM) naar onjuist (strafbaar) medisch handelen waardoor de patiënt is overleden en inbeslagname van medische stukken (artikel 98 Sv⁵⁴⁵) – is als uitzondering op de geheimhoudingsplicht in het geval de patiënt is overleden de variant van de *zeer uitzonderlijke omstandigheden* aangenomen.⁵⁴⁶ Het gaat

540 J.L.M. Duijst-Heesters ziet de eis van het zwaarwegend belang bij de overleden patiënt niet als een uitzondering, maar als een nadere uitwerking van de veronderstelde toestemming: J.L.M. Duijst-Heesters, Boeven in het ziekenhuis, een juridische beschouwing over de verhouding tussen het medisch beroepsgeheim en de opsporing van strafbare feiten (diss. Nijmegen), Den Haag: Sdu Uitgevers, tweede druk, 2007, p. 49. H.J.J. Leenen e.a. ziet het als een uitzondering die de laatste jaren voet aan wal heeft gekregen: H.J.J. Leenen, J.K.M. Gevers, J. Legemaate, Handboek gezondheidsrecht, Deel I, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, vijfde geheel herziene druk, 2011, p. 232. Zie voor de mogelijkheid om als nabestaande een zwaarwegend belang te hebben HR 20 april 2001, NJ 2001, 600, met nt. W.M. Kleijn en F.C.B. van Wijmen. Zie ook lagere jurisprudentie Rechtbank Leeuwarden 8 juni 2011, JA 2011, 146, met nt. R.P. Wijne.

541 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 18 september 2000, NJ 2001, 555; Gerechtshof Arnhem 10 januari 2012, LJN BV0470; Rechtbank 's-Gravenhage 31 augustus 2012, LJN BX6260 en Rechtbank Oost-Nederland 28 maart 2013, LJN BZ6271.

542 Zie J.L.M. Duijst-Heesters, Boeven in het ziekenhuis, een juridische beschouwing over de verhouding tussen het medisch beroepsgeheim en de opsporing van strafbare feiten (diss. Nijmegen), Den Haag: Sdu Uitgevers, tweede druk, 2007, en de door haar aangehaalde jurisprudentie op p. 68-69. Zie over de verdediging in rechte door de hulpverlener ook H.J.J. Leenen, J.K.M. Gevers, J. Legemaate, Handboek gezondheidsrecht, Deel I, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, vijfde geheel herziene druk, 2011, p. 233: het recht op een eerlijk proces (artikel 6 EVRM) is een zwaarwegend belang, met verwijzing naar CMT 14 november 1996, TvGr 1997, nr. 11; CTG 6 september 2001, TvGr 2001, nr. 63 en CTG 10 april 2003, zaaknr. 2002/203. In civiele zaken geldt de toestemming: H.J.J. Leenen, J.K.M. Gevers, J. Legemaate, Handboek gezondheidsrecht, Deel I, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, vijfde geheel herziene druk, 2011, p. 233-234 met verwijzing naar MT Amsterdam 24 juni 1985, TvGr 1988, nr. 16 en CMT 14 september 1989, TvGr 1990, nr. 44 en 45.

543 Zie J.L.M. Duijst-Heesters, Boeven in het ziekenhuis, een juridische beschouwing over de verhouding tussen het medisch beroepsgeheim en de opsporing van strafbare feiten (diss. Nijmegen), Den Haag: Sdu Uitgevers, tweede druk, 2007, p. 49 met verwijzing naar HR 9 oktober 1998, NJ 1998, 853 (Baby Jeffrey) zulks in navolging van het Gerechtshof Amsterdam 24 juni 1999, NJkort 1999, 77 dat hetzelfde deed (opgemerkt wordt echter dat dit een zaak betreft die niet ziet op het beroepsgeheim). Zie voorts KNMG, Richtlijn De dokter en de dood, 2002.

544 Zie ook KNMG, Richtlijn De dokter en de dood, 2002.

545 Ingevolge artikel 98 Sv worden bij personen met bevoegdheid tot verschoning, brieven of andere geschriften, tot welke hun plicht tot geheimhouding zich uitstrekt, niet in beslag genomen.

546 De jurisprudentie is ontwikkeld in het kader van het verschoningsrecht. Met de jurisprudentie wordt de absolute regel van artikel 98 Sv enigszins gerelativeerd. Zie nader M. Buijsen e.a., Medisch beroepsgeheim

dan om zeer uitzonderlijke omstandigheden die ertoe leiden dat de geheimhoudingsplicht van de hulpverlener moet wijken voor het belang dat de waarheid aan het licht komt en in welk geval het OM mag beschikken over stukken die onder het beroepsgeheim van de hulpverlener vallen. De enkele omstandigheid dat de hulpverlener als verdachte wordt aangemerkt, is niet voldoende om het geheim opzij te zetten.⁵⁴⁷ Er moeten dus – gemotiveerd – meer aanwijzingen zijn.⁵⁴⁸ Bij de afweging moet worden gelet op de aard en de ernst van het strafbare feit waarvan de hulpverlener wordt verdacht, de aard en de inhoud van het materiaal waarover zich het beroepsgeheim uitstrekt in verband met het belang dat door het beroepsgeheim wordt gediend en de mate waarin de betrokken belangen van patiënten worden geschaad, indien het beroepsgeheim wordt doorbroken, het feit dat de gegevens niet op andere wijze kunnen worden verkregen en (bij een vermoede fout van de hulpverlener) de veronderstelde toestemming van de patiënt en zijn verwachting dat een extern onderzoek zou plaatsvinden.

Een redelijk vermoeden van het misdrijf dood door schuld, de omstandigheid dat er geen aanwijzingen waren dat de overleden patiënte bezwaar had tegen inbeslagname van medische gegevens, het feit dat die gegevens cruciaal waren voor het aan de dag brengen van de waarheid en dat de gegevens niet op andere wijze konden worden verkregen waren volgens de Rechtbank Rotterdam voldoende om het beroepsgeheim te doen doorbreken.⁵⁴⁹ De Hoge Raad bevestigde de juistheid van dit oordeel. Hij overwoog daarbij dat in de overwegingen van de rechtbank besloten lag dat zij bij haar afweging groot gewicht had gehecht aan de veronderstelde toestemming van de patiënte, welke omstandigheid impliceerde dat het beroep op het verschoningsrecht niet kon dienen tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de patiënte en dat door het afwijzen van het beroep op het verschoningsrecht haar belangen hier niet kunnen worden geschaad. De rechtbank had voorts kennelijk de vraag onder ogen gezien of in het onderhavige geval het algemene belang van de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van anderen en het algemene belang dat patiënten zich vrijelijk tot een arts kunnen wenden zich verzetten tegen onthulling van de desbetreffende gegevens en was daarbij tot een ontkennende beantwoording gekomen. Daarbij had zij, aldus de Hoge Raad, betekenis kunnen toekennen aan de omstandigheid dat patiënten in het algemeen erop moeten kunnen vertrouwen dat bij een ernstig vermoeden van verwijtbaar ondeskundig hande-

in dubio, De verhouding van het medisch beroepsgeheim tot zwaarwegende maatschappelijke belangen, Erasmus Universiteit Rotterdam, oktober 2012, p. 56-57.

547 HR 27 mei 2008, NJ 2008, 407, met nt. J. Legemaate.

548 HR 9 mei 2006, LJN AV2386.

549 Rechtbank Rotterdam 13 februari 2007, rekestnr. RK 06/1073 (niet gepubliceerd).

len van de arts de gegevens die – veelal verplicht – met betrekking tot de medische behandeling in het medisch dossier zijn vastgelegd, voor onderzoek door de justitiële autoriteiten, beschikbaar zijn.⁵⁵⁰

In het civiele recht kan aan een vergelijkbaar zwaarwegend belang worden gedacht, te weten het belang van een nabestaande om de waarheid aan te kunnen tonen in een aansprakelijkheidskwestie.⁵⁵¹

Zie voor een voorbeeld van een aanvaard zwaarwegend belang van de nabestaande om te weten wat de doodsoorzaak was van diens echtgenote en de noodzaak van die wetenschap in het kader van de rouwverwerking de uitspraak van de Rechtbank Zwolle. De nabestaande had in het kader van een 843a Rv-procedure verzocht om inzage in het feitenrelaas van de MIP-melding. De rechtbank overwoog dat het belang van de nabestaande om vast te stellen wat er precies tijdens de behandeling van zijn echtgenote was gebeurd zowel in verband met de verwerking van zijn verlies als in verband met eventuele te voeren juridische procedures, zwaarder woog dan het belang van IJsselmeerziekenhuizen om de gegevens niet aan derden te verstrekken.⁵⁵²

Wordt een ander dan de arts verdacht van een strafbaar feit dan staat het beroepsgeheim voorop.⁵⁵³ In dat geval is er dus minder ruimte voor het OM, maar ook voor nabestaanden om inzage te krijgen in medische informatie van de overleden patiënt. Dat neemt niet weg dat het voor de nabestaande wel mogelijk is, wanneer de informatie van een bijzonder groot belang is voor de nabestaande (bijvoorbeeld een obductierapport waaruit de omstandigheden waaronder het overlijden heeft plaatsgevonden kunnen blijken), zo volgt uit jurisprudentie van de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden (EcieRM) tegen de achtergrond van artikel 10 EVRM (recht op informatie) evenals uit de jurisprudentie van het EHRM tegen de achtergrond van artikel 2

550 HR 21 oktober 2008, *NJ* 2008, 630, met nt. J. Legemaate. Zie eveneens HR 5 juli 2011, *LJN* BP6144; HR 5 juli 2011, *LJN* BP6138; HR 5 juli 2011, *NJ* 2011, 416, met nt. J. Legemaate en HR 12 februari 2013, *LJN* BV3004.

551 Zie voor een vergelijking en bruikbaarheid van 'het bijzondere omstandigheden'-argument zij het op andere gronden, S.V. Mewa, 'Gaan alle geheimen mee in het graf?', *VR* 2009, nr. 7/8, p. 205-212.

552 Rechtbank Zwolle-Lelystad 20 december 2007, *JA* 2008, 24. Zie voor een bespreking ook J. Meyst-Michels, 'Kroniek medische aansprakelijkheid', *AVeS* 2011, nr. 1, p. 22-39. Zie voor een vergelijkbare zaak, zij het dat daar het 'ex-mentorschap' van de vader van de overleden patiënt van belang werd geacht Gerechtshof Amsterdam 29 januari 1998 besproken door M.C. Ploem, 'Inzage in het medisch dossier na overlijden van de patiënt: uitgangspunten en actuele ontwikkelingen in de rechtspraak', *NTvG* 1999, 143:1826-9.

553 H.J.J. Leenen, J.K.M. Gevers, J. Legemaate, *Handboek gezondheidsrecht*, Deel I, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, vijfde geheel herziene druk, 2011, p. 236-237. Zie ook HR 26 mei 2009, *NJ* 2009, 263, met nt. J. Legemaate (moeder verdacht van kindermishandeling). Zie voor een ander voorbeeld Rechtbank Maastricht 5 november 2009, *GJ* 2010, 31.

EVRM (recht op leven) in samenhang gelezen met artikel 8 EVRM (recht op respect voor het privé-, familie- en gezinsleven).⁵⁵⁴

Opgemerkt wordt dat uit onderzoek van de Erasmus Universiteit te Rotterdam in opdracht van de Minister van VWS is gebleken dat het voor de hulpverleners zelf niet altijd even duidelijk is wat onder hun beroepsgeheim valt en wanneer zij hun beroepsgeheim mogen of moeten doorbreken. De onderzoekers pleiten daarom voor voorlichting en opleiding op dit punt.⁵⁵⁵

3.4.5 *De plicht tot eerbiediging van het recht op privéleven in de behandelkamer*

Ingevolge artikel 7:459, eerste lid, BW dient de hulpverlener de verrichtingen in het kader van de behandelingsovereenkomst uit te voeren buiten de waarneming van anderen dan de patiënt, tenzij de patiënt ermee heeft ingestemd dat de verrichtingen kunnen worden waargenomen door anderen.⁵⁵⁶ Het betreft de laatste expliciet omschreven verplichting van de hulpverlener. Doel van de verplichting is de eerbiediging van het recht op privéleven van de patiënt, ook gewaarborgd in artikel 8 EVRM en artikel 7 Handvest EU. De verplichting geldt ook in het kader van ‘telezorg’ waarbij de patiënt bijvoorbeeld kan worden waargenomen via een *webcam*.⁵⁵⁷

Een uitzondering op de verplichting is opgenomen in artikel 7:459, tweede lid, BW dat bepaalt dat onder ‘anderen’ niet zijn begrepen degenen van wie beroepshalve de medewerking bij de uitvoering van de verrichting noodzakelijk is. Een tweede uitzondering is verwoord in artikel 7:459, derde lid, BW: onder ‘anderen’ worden evenmin begrepen de personen wier toestemming ter zake van de verrichting op grond van de artikelen 7:450 BW en 7:465 BW is vereist (wettelijke vertegenwoordigers). Dit betekent dat bij een minderjarige diens ouders aanwezig mogen zijn, tenzij op grond van artikel 7:450, tweede lid, BW van

554 ECieRM 3 oktober 1979, zaaknr. 8383/78 (X./Duitsland); ECieRM 7 december 1981, zaaknr. 8878/80 (X./Ierland) en ECieRM 13 mei 1986, zaaknr. 11516/85 (B./Verenigd Koninkrijk). Zie voor het recht van een nabestaande op het dossier van haar overleden kind in het kader van artikel 8 EVRM: EHRM 13 november 2012, zaaknr. 46132/08 (Z./Polen).

555 M. Buijsen e.a., Medisch beroepsgeheim in dubio, De verhouding van het medisch beroepsgeheim tot zwaarwegende maatschappelijke belangen, Erasmus Universiteit Rotterdam, oktober 2012 en de begeleidende brief van de Minister van VWS waarmee het rapport aan de Tweede Kamer is aangeboden d.d. 16 januari 2013, met kenmerk MEVA-U-3147305.

556 Kamerstukken II 1989/90, 21561, nr. 3, p. 41 (MvT).

557 M.C. Ploem, ‘(Thuis)zorg op afstand in juridisch perspectief’, *TvGr* 2008, nr. 5, p. 312-327.

hen geen toestemming nodig is;⁵⁵⁸ in dat geval hebben zij evenmin het recht de behandeling bij te wonen.⁵⁵⁹

3.5 SIGNALERING VAN KNELPUNTEN IN VERBAND MET DE RECHTSVERHOUDING EN DE VERPLICHTINGEN

De verkenning van het civiele aansprakelijkheidsrecht tegen de achtergrond van zorggerelateerde schade ving in dit hoofdstuk aan met een beschrijving en analyse van de rechtsverhouding tussen de hulpverlener en de patiënt. Het doel hiervan was te onderzoeken of de eerste twee voorwaarden voor het vaststellen van een recht op vergoeding van schade – de aanwezigheid van een rechtsverhouding en uit die rechtsverhouding voortvloeiende verplichtingen van de arts of het ziekenhuis – problemen met zich brengen als het gaat om het uitoefenen van dat recht.

Uit de analyse is gebleken dat de relatie tussen arts en patiënt van oudsher wordt aangemerkt als een rechtsverhouding met een horizontaal karakter. Uitgangspunt is dus een contractuele relatie: tussen arts en patiënt komt doorgaans een geneeskundige behandelingsovereenkomst tot stand. In de meeste, klassieke, gevallen bestaat over de rechtsverhouding geen misverstand.

Niettegenstaande het feit dat doorgaans een contractuele rechtsverhouding de relatie tussen hulpverlener en patiënt typeert, is bij het ontwerp van Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW rekening gehouden met andersoortige verhoudingen. Niet uitgesloten is immers dat aan de voorwaarden voor de totstandkoming van een overeenkomst niet wordt voldaan, of dat om andere redenen de voorkeur wordt gegeven aan een nietcontractuele relatie, zo getuigen de voorbeelden die in dit hoofdstuk zijn gegeven. Bijzonder is dat via een schakelbepaling, artikel 7:464 BW, de verplichtingen van Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW en enkele verplichtingen van Boek 7, titel 7, afdeling 1, BW van overeenkomstige toepassing zijn op deze niet-contractuele relaties, een en ander voor zover de aard van de rechtsbetrekking zich daartegen niet verzet. Deze laatste zinsnede maakt het mogelijk, dat in gevallen waarin strikte toepassing van de desbetreffende titel zou gaan wringen een redelijke oplossing wordt bereikt. Een keerzijde van de schakelbepaling is echter, dat het in de praktijk niet altijd duidelijk is wanneer de aard van de rechtsbetrekking zich tegen overeenkomstige toepassing verzet. Als voorbeeld werd genoemd de onduidelijkheid over de toepassing van Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW in zorgsituaties waarin niet het behandelen van patiënten

⁵⁵⁸ Zie par. 3.2.6 voor die omstandigheden.

⁵⁵⁹ B. Sluijters en M.C.I.H. Biesart, *De geneeskundige behandelingsovereenkomst*, Deventer: Kluwer, tweede druk, 2005, p. 118. Zie eveneens p. 119 voor wat betreft de openbare apotheekruimte.

op de voorgrond staat, maar het verzorgen en begeleiden van de patiënt. Die onduidelijkheid kan een knelpunt zijn als het gaat om het verhalen van schade. De groep van patiënten die louter zorg ontvangt kan immers in de veronderstelling verkeren dat de verplichtingen niet voor haar gelden, waardoor deze groep meent geen verhaal te kunnen halen en voorts is het mogelijk dat een vordering wordt afgewezen onder het argument dat de geschonden verplichting toepassing mist en daarom niet tot een recht op schadevergoeding kan leiden.

De schakelbepaling gaat voorts niet zover dat de verplichtingen van Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW van overeenkomstige toepassing zijn op de niet-contractuele rechtsverhouding tussen de hulpverlener en derden, zoals een (wettelijk) vertegenwoordiger. Dit betekent dat deze derden zich niet rechtstreeks kunnen beroepen op de contractuele verplichtingen van de hulpverlener ten opzichte van de patiënt en dat zij voor een recht op schadevergoeding aangewezen zijn op het gesloten vergoedingssysteem van Boek 6, titel 1, afdeling 10, BW. Boek 6, titel 1, afdeling 10, BW biedt derden die schade lijden ten gevolge van de gezondheidsschade van de patiënt een beperkt recht op een vergoeding van hun schade, hetgeen een knelpunt kan zijn als de feitelijk geleden schade veel groter is. In die gevallen kan immers geen verhaal worden gehaald en het is dan ook aannemelijk dat een vordering niet wordt ingediend of wordt afgewezen.

Is duidelijk welke rechtsverhouding de relatie tussen hulpverlener en patiënt beheerst en is ook duidelijk welke verplichtingen tussen arts en patiënt gelden, dan dient vervolgens te worden vastgesteld wat de inhoud van die verplichtingen is; pas wanneer duidelijk is naar welke normen de hulpverlener zich heeft te gedragen, kan worden vastgesteld of hij een norm heeft geschonden. In dit hoofdstuk is daarom ingegaan op de klassieke verplichtingen van de hulpverlener. Achtereenvolgens zijn de informatieplicht, de behandelplicht, de dossierplicht, de geheimhoudingsplicht en de plicht om de behandeling met inachtneming van het privéleven van de patiënt te verrichten, besproken. Wat de informatieplicht betreft wordt opgemerkt dat, ondanks de vele aandacht die naar deze plicht uitgaat, de hulpverlener in de praktijk vaak niet alle informatie aan de patiënt blijkt te verstrekken, zeker niet als het gaat om een fout of een incident met schade. Ook het intern melden van incidenten aan de MIP-commissie en het melden van calamiteiten aan de IGZ gebeurt te weinig, zo toont onderzoek aan. Het uitblijven van feitelijke informatie over een fout of (de aard en toedracht van) een incident kan echter tot gevolg hebben dat de patiënt verstoken blijft van kennis over de aard en toedracht van de gebeurtenis waar zijn schade mogelijk het gevolg van is. Enerzijds kan dit ertoe leiden dat de patiënt zijn schade niet verhaalt: hij draagt immers geen kennis van de omstandigheid dat er een persoon is op wie de schade mogelijk kan worden afgewenteld. Anderzijds kan het ertoe leiden dat de patiënt niet of onvoldoende in staat is om het bewijs te leveren van een vermeende fout, wat ook weer kan leiden tot het uitblijven van verhaal: het is aannemelijk dat het leveren

van bewijs de patiënt te complex voorkomt. Het kan evenzeer tot gevolg hebben dat zijn vordering – mogelijk ten onrechte – bij gebrek aan bewijs van een tekortkoming of onrechtmatige daad wordt afgewezen, op welk probleem nader wordt ingegaan in het volgende hoofdstuk. Het niet nakomen van de informatieplicht vormt dus een knelpunt bij het verhalen van schade.

Een andere in het oog springende verplichting betreft de geheimhoudingsplicht, meer in het bijzonder hoe daar mee om te gaan na de dood van de patiënt. Beschreven is dat nabestaanden alleen in geval van veronderstelde toestemming of een zwaarwegend belang een recht hebben op inzage in het patiëntendossier. Een wettelijke grondslag voor een recht op inzage in het dossier van de overleden patiënt hebben nabestaanden niet. Bij het verhalen van schade kan evenwel behoefte bestaan aan inzage in het patiëntendossier, meer in het bijzonder om de waarheid te achterhalen over hetgeen zich bij de geneeskundige behandeling heeft afgespeeld. Inzage in het dossier van de patiënt dient dus een belangrijk procesrechtelijk doel bij het verhaal van schade en het opwerpen van drempels omtrent die inzage kan daarom de oorzaak zijn van een frustratie van het recht van de nabestaande op vergoeding van schade. De jurisprudentie blijkt enige houvast te bieden door de waarheidsvinding als zwaarwegend belang aan te merken, maar het zou de rechtszekerheid ten goede komen (het voor hulpverleners en nabestaanden duidelijker maken wanneer inzage te bieden en te verkrijgen) – en daarmee een toegevoegde waarde hebben – als het recht van de nabestaanden een wettelijke grondslag krijgt. Overigens wordt opgemerkt dat ook in dit kader van belang is dat het patiëntendossier de informatie bevat die de nabestaanden bij het verhaal van schade moet helpen. Kortom, het patiëntendossier dient de melding van de fout of de aard en toedracht van het incident te bevatten, wil aan het patiëntendossier het benodigde bewijs kunnen worden ontleend. Zoals hiervoor werd opgemerkt, is openheid over een fout of (de aard en toedracht van) een incident echter geen gewoonte en datzelfde geldt voor een aantekening in het patiëntendossier. Andermaal vormt het gebrek aan openheid dus een knelpunt bij het verhaal van schade.

De voorgaande opmerkingen daargelaten, wordt vastgesteld dat het op hoofdlijnen duidelijk is welke rechtsverhouding in een concreet geval de relatie tussen de hulpverlener en de patiënt beheerst en wat de verplichtingen van de hulpverlener inhouden. Elke verplichting laat ruimte voor een nadere invulling toegespitst op het concrete geval: hoe precies moet de hulpverlener deze patiënt over deze ziekte informeren, hoe moet die bepaalde geneeskundige behandeling worden uitgevoerd en wat moet de hulpverlener in het patiëntendossier opschrijven? Zoals reeds opgemerkt, zijn de antwoorden op deze vragen gelegen in artikel 7:453 BW. Dit artikel bepaalt dat de arts bij de uitvoering van zijn werkzaamheden moet handelen als een ‘goed hulpverlener’. Het is dit niveau dat bepalend is voor het antwoord op de vraag of de hulpverlener aansprakelijk is ten opzichte van de patiënt en de

daardoor ontstane schade dient te vergoeden. Om die reden wordt het artikel uitvoerig besproken in het volgende hoofdstuk, in welk hoofdstuk tevens wordt ingegaan op andere facetten van aansprakelijkheid van de hulpverlener.

4 GRONDSLAGEN VOOR AANSPRAKELIJKHEID VAN DE ARTS EN HET ZIEKENHUIS

4.1 INLEIDING

De verkenning van het civiele aansprakelijkheidsrecht wordt in dit tweede hoofdstuk van het tweede deel vervolgd met een beschrijving en analyse van de grondslagen voor aansprakelijkheid van de arts en het ziekenhuis. Zonder grondslag voor afwenteling van schade blijft de schade daar waar zij gevallen is: bij de patiënt.¹ Knelpunten die samenhangen met de grondslag waarop het verhaal van schade moet worden gebaseerd, kunnen dus een belemmering vormen voor de patiënt om zijn schade op de arts of het ziekenhuis te verhalen.

Het civiele aansprakelijkheidsrecht kent, voor zover binnen het bestek van dit onderzoek relevant, ten eerste de tekortkoming in de nakoming van een contractuele verplichting als grondslag voor een recht op schadevergoeding. Deze grondslag veronderstelt de aanwezigheid van een behandelingsovereenkomst tussen de hulpverlener en de patiënt. Een van de verplichtingen van de hulpverlener uit hoofde van de behandelingsovereenkomst betreft de plicht zich bij zijn werkzaamheden te gedragen als een ‘goed hulpverlener’, neergelegd in artikel 7:453 BW. Het artikel behelst een zorgvuldigheidsnorm die de maatstaf van ‘juist’ gedrag weergeeft. Neemt de hulpverlener deze zorgvuldigheidsnorm niet in acht, dan schiet hij tekort en is hij verplicht tot vergoeding van de daardoor geleden schade, tenzij de tekortkoming de hulpverlener niet kan worden toegerekend.

Het civiele aansprakelijkheidsrecht kent als grondslag voorts de onrechtmatige daad. Voor schadevergoeding is onrechtmatig handelen vereist dat de dader kan worden toegerekend. Om de onrechtmatigheid van het gedrag van de hulpverlener te beoordelen, wordt zijn gedrag getoetst aan de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm om zich als goed hulpverlener te gedragen, dezelfde zorgvuldigheidsnorm als die binnen een behandelingsovereenkomst geldt. Zo beschouwd is het mogelijk dat de gedraging van de hulpverlener, naast

1 Zie uitvoerig over het slachtoffer in zijn algemeenheid dat zijn eigen schade dient te dragen zonder grond voor afwenteling T. Hartlief, Ieder draagt zijn eigen schade: enige opmerkingen over de fundamenteën van en ontwikkelingen in het aansprakelijkheidsrecht (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 1997, p. 11, 23, 26, 72 en 75.

een tekortkoming, tevens een onrechtmatige daad oplevert – de schending van de contractuele verplichting zich als goed hulpverlener te gedragen kan evenzeer gekwalificeerd worden als gedrag dat in strijd is met hetgeen in het maatschappelijk verkeer betamelijk is – en doet zich een samenloop van grondslagen voor. Ingevolge de heersende jurisprudentie echter kan de onrechtmatige daad alleen (tevens) als grondslag worden ingeroepen, wanneer de gedraging onafhankelijk van de schending van de verplichting uit de overeenkomst een onrechtmatige daad oplevert.² In de meeste ‘klassieke’ gevallen zal de schending van de contractuele verplichting zich als goed hulpverlener te gedragen niet ook onafhankelijk van de tekortkoming een onrechtmatige daad opleveren. De patiënt staat dan ook doorgaans alleen de grondslag van de schending van een contractuele verplichting ten dienste. Wanneer de patiënt niet in een contractuele rechtsverhouding tot de hulpverlener staat, bijvoorbeeld omdat een vereiste voor de totstandkoming van de behandelingsovereenkomst ontbreekt of omdat een (bijzondere) wet anders bepaalt, is de onrechtmatige daad de enige grondslag. Voorts kan de onrechtmatige daad grondslag zijn wanneer derden eigen schade lijden door een gedraging van de hulpverlener. Derden kunnen het verhaal van hun schade niet op de grondslag van de tekortkoming baseren, omdat zij geen partij zijn bij de behandelingsovereenkomst.

Een tweede buitencontractuele grondslag wordt gevormd door de kwalitatieve aansprakelijkheden; de hulpverlener kan uit hoofde van de wet kwalitatief aansprakelijk zijn voor een fout van een (niet) ondergeschikte, voor een gebrekkige zaak of opstal of voor het gebruiken van een gevaarlijke stof.

Het voorgaande leidt ertoe dat het eerste deel van dit hoofdstuk wordt gewijd aan een analyse van de aansprakelijkheid van de arts en het ziekenhuis op de contractuele grondslag (par. 4.2). Dit deel wordt gevolgd door een analyse van de aansprakelijkheid van de arts en het ziekenhuis op de buitencontractuele grondslagen van de onrechtmatige daad en de kwalitatieve aansprakelijkheden (par. 4.3). In beide paragrafen vindt de analyse plaats aan de hand van een bespreking van de vereisten voor een tekortkoming respectievelijk een onrechtmatige daad, de norm waaraan het handelen van de hulpverlener moet worden getoetst, het bewijs van de tekortkoming respectievelijk de onrechtmatige daad en de toerekening van de tekortkoming respectievelijk onrechtmatige daad aan de hulpverlener.

2 Zie eerder hoofdstuk 2, par. 2.4.2.3 met verwijzing naar HR 9 december 1955, *NJ* 1956, 157; HR 6 april 1990, *NJ* 1991, 689, met nt. C.J.H. Brunner; HR 19 februari 1993, *NJ* 1994, 290, met nt. C.J.H. Brunner; HR 3 december 1999, *NJ* 2000, 235, met nt. P.A. Stein en Gerechtshof 's-Gravenhage 11 juli 2006, *LJN* AY8855. Zie voorts Asser-Hijma 5-I 2007, nr. 442 en I.P. Michiels van Kessenich-Hoogendam, Beroepsfouten, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 15.

Een wat vreemde figuur is de centrale aansprakelijkheid van het ziekenhuis. De centrale aansprakelijkheid is een vorm van mede-aansprakelijkheid van het niet-contracterende ziekenhuis. De mede-aansprakelijkheid ontstaat wanneer de arts met wie de patiënt een behandelingsovereenkomst sloot, tekortschiet én de (ter discussie gestelde) geneeskundige behandeling plaatsvond binnen muren van het ziekenhuis. De grond om schade op het ziekenhuis af te wentelen in zijn hoedanigheid van centraal adres is dus niet gelegen in een eigen tekortkoming van het ziekenhuis in de nakoming van een contractuele verplichting van het ziekenhuis. Evenmin is de onrechtmatige daad grondslag. De centrale aansprakelijkheid wordt vanwege haar aparte grondslag separaat in de voorlaatste paragraaf besproken (par. 4.4).

Het hoofdstuk wordt afgesloten met een signalering van knelpunten (par. 4.5).

4.2 AANSPRAKELIJKHEID VAN DE ARTS EN HET ZIEKENHUIS OP DE CONTRACTUELE GRONDSLAG

4.2.0 *Opmerkingen vooraf*

Ter bepaling van de tekortkoming van de hulpverlener wordt nader omschreven wat ‘tekortkomen’ inhoudt (par. 4.2.1). In diezelfde paragraaf wordt stilgestaan bij de zorgvuldigheidsnorm waaraan het handelen van de hulpverlener moet worden getoetst, wettelijk verankerd in artikel 7:453 BW, gevolgd door enkele illustraties van tekortkomingen. Daarna komt aan de orde hoe het bewijs van de tekortkoming moet worden geleverd (par. 4.2.2). Er wordt ingegaan op de stelplicht- en bewijslastverdeling evenals op de bewijsproblemen waarmee de patiënt zich geconfronteerd ziet en welke handvatten de patiënt kunnen worden geboden om in het bewijs te voorzien. Het derde te bespreken onderwerp is de toerekening van de tekortkoming aan de hulpverlener. Beschreven wordt onder welke omstandigheden toerekening krachtens schuld, verkeersopvattingen en wet plaatsvindt (par. 4.2.3). Tot slot wordt gezien of de arts en het ziekenhuis de mogelijkheid hebben om aansprakelijkheid contractueel te beperken of uit te sluiten (par. 4.2.4).

4.2.1 *Een tekortkoming van de arts of het ziekenhuis*

4.2.1.1 **Tekortkomen**

Verhaal van schade vereist een goede grond ter afwenteling van schade, oftewel verwijtbaar onjuist gedrag van de arts of het ziekenhuis. In verreweg de meeste ‘klassieke’ situaties waarin de patiënt zich tot de arts of het ziekenhuis wendt, ontstaat een contractuele

rechtsverhouding met de arts of het ziekenhuis,³ en vormt de tekortkoming de grondslag om de schade op de arts of het ziekenhuis af te wentelen.⁴ De verplichting van de arts of het ziekenhuis om bij een tekortkoming de schade van de patiënt te vergoeden, wordt gebaseerd op artikel 6:74 BW: *‘Iedere tekortkoming in de nakoming van een verbintenis verplicht de schuldenaar de schade die de schuldeiser daardoor lijdt te vergoeden, tenzij de tekortkoming de schuldenaar niet kan worden toegerekend.’*⁵ Een rechtspersoon staat wat het vermogensrecht betreft met een natuurlijk persoon gelijk, tenzij uit de wet het tegendeel voortvloeit, aldus artikel 2:5 BW; de plicht tot schadevergoeding bij een tekortkoming geldt dus voor het ziekenhuis evenzeer als voor de arts.

Een tekortkoming van de hulpverlener kan bestaan in het geheel uitblijven van een verrichting door de hulpverlener – de patiënt wordt bijvoorbeeld niet geïnformeerd of onderzocht –, maar ook in het gedeeltelijk uitblijven ervan – de patiënt wordt bijvoorbeeld alleen over de voordelen van een behandeling geïnformeerd en niet over de risico’s. De tekortkoming van de hulpverlener kan tevens bestaan uit een verrichting die niet tijdig of niet behoorlijk is. ‘Niet tijdig’ betekent niet op het met de patiënt overeengekomen tijdstip, terwijl ‘niet behoorlijk’ ziet op zowel de situatie waarin de verrichting zelf niet aan de behandelingsovereenkomst beantwoordt – omdat zij getuigt van onvoldoende inspanning of van het uitblijven van een verondersteld resultaat⁶ – als ook op de situatie waarin de verrichting schade toebrengt aan de patiënt.⁷ Van een tekortkoming kan (dus) worden gesproken zowel in de gevallen waarin nakoming nog mogelijk is als in de gevallen waarin nakoming blijvend of tijdelijk onmogelijk is.⁸

Geen tekortkoming is echter aanwezig wanneer de hulpverlener zich kan beroepen op een rechtvaardiging – veelal als uitzondering geformuleerd in Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW – voor zijn handelen. Een voorbeeld van een gerechtvaardigde gedraging betreft het geneeskundig behandelen van de patiënt zonder diens toestemming in een noodsituatie (artikel 7:466, eerste lid, BW). Een ander voorbeeld van een rechtvaardigingsgrond betreft

3 In theorie is het ook mogelijk dat de patiënt een overeenkomst sluit met de gezamenlijke maten van een openbare (artsen)maatschap, zie hoofdstuk 3, par. 3.2.3. Vanwege het ontbreken van enige casuïstiek en belang wordt hierop niet nader ingegaan.

4 Zie voor de contractuele rechtsverhouding hoofdstuk 3, par. 3.2. Zie over gronden ter afwenteling van schade ook hoofdstuk 2, par. 2.4.2.

5 Het begrip ‘tekortkomen’ is in artikel 6:74 BW (bijzonder) ruim geformuleerd. De achterliggende gedachte is elk geval waarin de verrichting van de schuldenaar achter blijft bij wat de verbintenis van hem vraagt, te omvatten, Parl. Gesch. Boek 6, p. 258.

6 Zie (algemeen) Parl. Gesch. Boek 6, p. 264. Zie voor een uitwerking van inspanningsverplichtingen en resultaatsverplichtingen aan de zijde van de hulpverlener par. 4.2.2.2.

7 Zie (algemeen) Parl. Gesch. Boek 6 InvW, p. 1247. Zie voorts (algemeen) Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-1* 2012, nr. 317.

8 Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, nr. 317.

de gerechtvaardigde keuze van de arts. Dit voorbeeld is ontleend aan het strafrecht, waarbij in het kader van de strafbaarheid van de arts voor het toepassen van euthanasie – euthanasie is ingevolge artikel 293 Wetboek van Strafrecht (Sr) strafbaar – vaak een beroep werd gedaan op de in artikel 40 Sr neergelegde rechtvaardigingsgrond ‘overmacht in de zin van noodtoestand’.⁹ De rechtvaardiging voor euthanasie is inmiddels wettelijk verankerd in artikel 293, tweede lid, Sr in samenhang gelezen met artikel 2 van de Wet toetsing levensbeëindiging op verzoek of hulp bij zelfdoding.¹⁰ Een punt van discussie is of de hulpverlener zich ook op een rechtvaardigingsgrond kan beroepen, indien nakoming niet (praktisch) onmogelijk, maar wel bezwaarlijk voor hem is geworden. Hoewel in de Parlementaire Geschiedenis is aangegeven dat situaties waarin nakomen min of meer bezwaarlijk is, niet een beroep op overmacht rechtvaardigen,¹¹ wordt in de literatuur gesproken van een glijdende schaal en een grijs gebied, waarbij de omstandigheden van dien aard kunnen zijn dat ook bij een bepaalde mate van bezwaarlijkheid een beroep op overmacht gerechtvaardigd is.¹²

Reeds een tekortkoming kan een verplichting tot schadevergoeding met zich brengen. De schadevergoeding is een vervangende wanneer nakoming (op behoorlijke wijze) niet meer mogelijk is en de patiënt schade lijdt.¹³ Het recht op vergoeding van schade ontstaat op het ogenblik waarop de schade wordt aangericht.¹⁴ Is nakoming nog mogelijk, dan is de schadevergoeding een aanvullende; de patiënt heeft naast een recht op nakoming van de verplichting (gedacht kan bijvoorbeeld worden aan het opnieuw plaatsen van een kroon door de tandarts in het geval een eerdere kroon niet past),¹⁵ recht op aanvullende schadevergoeding, bijvoorbeeld wanneer de behandeling te laat of gebrekkig was. Desalniettemin kan de patiënt ervoor kiezen om, in plaats van nakoming, vervangende schadevergoeding van de hulpverlener te verlangen. Hiervoor is het nodig dat de hulpverlener in verzuim is en dat de patiënt de hulpverlener schriftelijk meedeelt dat hij schadevergoeding in plaats van nakoming vordert.¹⁶ Is de tekortkoming gelegen in een ondeugdelijke nakoming, dan

9 HR 27 november 1984, *NJ* 1985, 106, met nt. Th.W. van Veen; HR 21 oktober 1986, *NJ* 1987, 607, met nt. G.E. Mulder (Euthanasie-arrest II) en HR 21 juni 1994, *NJ* 1994, 656 met nt. T.M. Schalken. Uit de jurisprudentie kan voorts worden opgemaakt dat de grens in dergelijke gevallen ligt bij de afwezigheid van een medisch geclassificeerde somatische ziekte of bij de afwezigheid van een psychische ziekte of aandoeningen. Rechtvaardiging voor het in een dergelijk geval toch verlenen van hulp bij zelfdoding of euthanasie is dan niet langer aanwezig, HR 24 december 2002, *NJ* 2003, 167, met nt. T.M. Schalken.

10 Wet van 12 april 2001, *Stb.* 2001, 194.

11 Zie voor dit voorbeeld *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 264. Zie hoofdstuk 6, par. 6.2.3 voor de bezwaarlijkheid na te komen tegen de achtergrond van de eigen schuld van de patiënt.

12 Zie (algemeen) Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, nr. 343-344.

13 Zie (algemeen) Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, nr. 381-383.

14 *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 258, 262 en 306 en HR 4 februari 2000, *NJ* 2002, 258.

15 Het recht op nakoming vloeit rechtstreeks uit de behandelingsovereenkomst voort.

16 Ingevolge artikel 6:87 BW. Zie voor verzuim artikel 6:81-6:83 BW. Mogelijk is de patiënt niet geheel vrij in zijn keuze maar gebonden aan de eisen van redelijkheid en billijkheid waarbij mede de gerechtvaardigde

treedt de verplichting tot schadevergoeding overigens eerst pas in als de patiënt tijdig aan de hulpverlener te kennen heeft gegeven dat de verrichting niet aan de behandelingsovereenkomst beantwoordt; op een gebrek in de geneeskundige behandeling kan immers geen beroep meer worden gedaan, wanneer niet binnen bekwame tijd nadat het gebrek werd ontdekt of redelijkerwijze had moeten worden ontdekt, is geprotesteerd, zo volgt uit artikel 6:89 BW.¹⁷ De tijdigheid van de kennisgeving dient te worden beoordeeld met inachtneming van alle omstandigheden van het geval.¹⁸ De kennisgeving zelf kan vorm vrij geschieden, maar de patiënt zal wel duidelijk moeten maken wat zijns inziens de aard en de omvang van de tekortkoming is.¹⁹ Een probleem is dat het de patiënt niet steeds duidelijk zal zijn of de hulpverlener onbehoorlijk heeft gepresteerd, een probleem dat kan worden opgelost door de patiënt te informeren. Deze plicht rust op de arts.²⁰

Een voorbeeld ter zake het klagen binnen bekwame tijd betreft de vermeende tekortkoming van een tandarts. De tandarts stelde zich op het standpunt dat de patiënt niet tijdig had geklaagd en dat een vordering uit hoofde van een gestelde tekortkoming niet meer mogelijk was. De rechtbank oordeelde ten eerste dat artikel 6:89 BW van toepassing is, ook op geneeskundige behandelingsovereenkomsten. Als het moment waarop de termijn is gaan lopen, geldt het moment waarop de gebrekkige behandeling wordt ontdekt. In de onderhavige kwestie was dat het moment waarop de patiënt bekend was met de gebrekkige toestand van het gebit. Vervolgens kwam de rechtbank voor de vraag te staan of de patiënt tijdig had geklaagd over de gebrekkige behandeling (dit was namelijk twee jaren later). Voor het antwoord op die vraag dienen, aldus de rechtbank, alle omstandigheden van het geval te worden meegewogen. Tot die omstandigheden behoren in het algemeen het nadeel dat het gevolg is van het verstrijken van de tijd totdat is geklaagd, de waarneembaarheid van de afwijking van de prestatie, de deskundigheid van partijen, de onderlinge verhouding van partijen, de aanwezige juridische kennis en de mogelijke behoefte aan voorafgaand deskundig advies. In het geval sprake is van een geneeskundige behandelingsovereenkomst komt naar het oordeel van de rechtbank tevens belangrijk gewicht toe aan de bijzondere aard van de overeenkomst, waarbij de patiënt zich in een afhankelijkheidsrelatie ten opzichte van de arts bevindt

belangen van de arts of het ziekenhuis een rol spelen, zo kan worden afgeleid uit HR 5 januari 2001, *NJ* 2001, 79.

17 Zie voor deze verplichting (in niet-medische zaken) HR 23 maart 2007, *NJ* 2007, 176; HR 23 november 2007, *NJ* 2008, 552, HR 11 juni 2010, *NJ* 2010, 331; HR 8 februari 2013, *LJN* BX7195; HR 8 februari 2013, *LJN* BY4600 en HR 8 februari 2013, *LJN* BX7846.

18 HR 8 oktober 2010, *NJ* 2010, 545.

19 HR 11 juni 2010, *NJ* 2010, 331.

20 Zie hoofdstuk 3, par. 3.4.1.

en belangen van gezondheid betrokken zijn. Een en ander bracht in de onderhavige zaak met zich dat de patiënt naar het oordeel van de rechtbank tijdig bij de tandarts over de behandeling had geklaagd.²¹

Een ander voorbeeld betreft een tekortkoming van een gynaecoloog. De gynaecoloog stelde zich op het standpunt dat de patiënte niet tijdig had geklaagd over de bij haar uitgevoerde borstoperatie, door eerst twee jaar na de operatie haar onvrede kenbaar te maken. De rechtbank oordeelde echter dat het beroep op artikel 6:89 BW in dit geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was. De gynaecoloog had immers niet concreet aangegeven in welk belang hij was geschaad.²²

De verplichting tot schadevergoeding bij een tekortkoming komt te vervallen, wanneer de tekortkoming niet aan de hulpverlener kan worden toegerekend, zo volgt uit de slotzin van artikel 6:74 BW.²³ Het ontbreekt bijvoorbeeld aan een grond voor toerekening wanneer de hulpverlener geen schuld heeft of wanneer de door hem gebruikte hulpzaak een gebrek vertoonde, voor welk gebrek de producent in plaats van de arts moet worden aangesproken.²⁴

4.2.1.2 De norm waaraan het handelen van de arts en het ziekenhuis wordt getoetst

De voorgaande paragraaf leerde dat, wil de patiënt een recht op schadevergoeding aan de behandelingsovereenkomst kunnen ontleen, het steeds de cruciale vraag is of de hulpverlener achter is gebleven bij hetgeen een verplichting uit hoofde van de behandelingsovereenkomst van deze hulpverlener eiste. Om deze vraag te kunnen beantwoorden, moet worden onderzocht wat de inhoud van de contractuele verplichtingen is.²⁵ Beschreven is dat de verplichtingen van de hulpverlener uit de behandelingsovereenkomst met name worden bepaald door Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW.²⁶ Omdat de bepalingen van semi-dwingend recht zijn, kan van de wettelijke verplichtingen niet ten nadele van de patiënt worden afgeweken, aldus artikel 7:468 BW. De conclusie dat Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW

21 Rechtbank Zwolle 2 maart 2011, *LJN* BQ0981. Zie voor een voorbeeld van een laat reagerende patiënt Rechtbank Rotterdam 12 januari 2011, *LJN* BP5713.

22 Rechtbank Rotterdam 23 januari 2013, *LJN* BZ2365, rov 5.27. Zie ook HR 25 maart 2011, *LJN* BP8991.

23 Zie ook (algemeen) Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, nr. 371.

24 Zie over toerekening van de tekortkoming aan de hulpverlener par. 4.2.3.

25 Parl. Gesch. Boek 6, p. 258. Zie in die zin ook D.S. Rambocus, Medisch-Juridische causaliteit (diss. Utrecht), Utrecht 1999, p. 190.

26 Zie hoofdstuk 3, par. 3.4 voor een bespreking van de verplichtingen van de hulpverlener, neergelegd in Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW. Verplichtingen kunnen ook voortvloeien uit andere (publiekrechtelijke) wettelijke bepalingen, Europese regelgeving, zoals het EVRM en het handvest van de EU, de voor artsen geldende gedragsregels, de normen ontwikkeld binnen het medisch tuchtrecht en de gewoonte en de eisen van redelijkheid en billijkheid.

in grote mate bepalend is voor de invulling van de verplichtingen van de hulpverlener jegens de patiënt, leidt op haar beurt tot de vraag hoe die verplichtingen moeten worden ingevuld. Hoe bijvoorbeeld moet de patiënt worden geïnformeerd en hoe moet de patiënt worden behandeld? Ter beantwoording van deze vraag moet worden beoordeeld hoe een redelijk persoon – de maatman – in dezelfde situatie had moeten handelen. De maatman vertegenwoordigt dus de norm waaraan de hulpverlener bij de nakoming van zijn verplichtingen ten opzichte van de patiënt moet voldoen.²⁷ Met de komst van Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW heeft de maatman een wettelijke verankering gekregen in artikel 7:453 BW. Het artikel bepaalt dat *‘de hulpverlener bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed hulpverlener in acht dient te nemen en dat hij daarbij dient te handelen in overeenstemming met de op hem rustende verantwoordelijkheid, voortvloeiende uit de voor hulpverleners geldende professionele standaard.’*²⁸ Artikel 7:453 BW is algemeen geformuleerd en wat ‘goed hulpverlenerschap’ inhoudt, moet per individueel geval nader worden ingevuld.

4.2.1.3 Invulling van het goed hulpverlenerschap: de professionele standaard

Het belang van (de norm in) artikel 7:453 BW voor het bepalen van een tekortkoming van de hulpverlener jegens de patiënt vergt een nadere bespreking; wat houden de verschillende elementen in?

Reeds opgemerkt werd dat in artikel 7:453 BW de maatman wettelijk is verankerd. ‘Het in acht nemen van de zorg van een goed hulpverlener’ betekent dan ook het in acht nemen van de zorg die een *redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot in dezelfde omstandigheden* zou hebben betracht.²⁹ Het betreft een objectief criterium. Een hulpverlener werkzaam in een academisch ziekenhuis wordt dan ook niet anders beoordeeld dan de hulpverlener werkzaam in een perifere ziekenhuis,³⁰ en er wordt geabstraheerd van ervaring, karakter en leeftijd van de hulpverlener.³¹

27 Wellicht ten overvloede wordt erop gewezen dat artikel 7:453 BW niet geldt in de verhouding tussen artsen onderling. Zie voor een voorbeeld en overweging op dit punt Rechtbank Leeuwarden 29 juni 2012, LJN BX1296.

28 Vergelijk artikel 7:401 BW ter zake de (algemene) overeenkomst van opdracht. Hetzelfde is voorts bepaald in artikel 4 van het Verdrag inzake de rechten van de mens en de waardigheid van het menselijk wezen tot de toepassing van de biologie en de geneeskunde (Biogeneeskundeverdrag): ‘Elke handeling op het gebied van de gezondheidszorg, met inbegrip van onderzoek, dient te worden verricht “in accordance with relevant professional obligations and standards”.’ Zie over artikel 4 van dit verdrag ook J.K.M. Gevers, De Raad van Europa en de kwaliteit van zorg, in: J.G. Sijmons e.a., Recht en zorg van kwaliteit, Den Haag: Sdu Uitgevers 2012, p. 78-80.

29 Zie ook D.S. Rambocus, Medisch-Juridische causaliteit (diss. Utrecht), Utrecht 1999, p. 169 voor een rechtsvergelijkend overzicht van de maatstaf. Zie voorts hoofdstuk 2, par. 2.4 in verband met de maatstaf ‘de redelijke mens’ ter beoordeling van hoe te handelen.

30 HR 9 november 1990, NJ 1991, 26 (Speeckaert/Gradener), rov. 3.7.

31 Zie voor een voorbeeld waarbij werd geabstraheerd van de ervaring van een arts-assistent Rechtbank ’s-Gravenhage 13 januari 2010, LJN BL0676.

Reeds in 1990 bepaalde de Hoge Raad dat de maatman van de redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot bepalend is voor de beoordeling van het handelen van een hulpverlener in het licht van een gestelde tekortkoming. Een patiënt had zich met rugpijnlachten gewend tot een orthopedisch chirurg. De chirurg constateerde een vergroeiing van de vijfde lendenwervel aan het heiligbeen en concludeerde dat de pijnlachten daardoor werden veroorzaakt. De chirurg besloot vervolgens tot een operatieve opheffing van de vergroeiing. De pijnlachten bleven echter, ook na tientallen operaties nog nadien. De patiënt stelde hierop de chirurg aansprakelijk, wat tot een procedure leidde. Het hof dat over het handelen van de chirurg oordeelde, wees de vordering tot vergoeding van schade toe. De chirurg stelde vervolgens een cassatiemiddel in tegen de maatstaf die het hof had gehanteerd om het handelen van de chirurg te beoordelen. De chirurg stelde dat de maatstaf die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend in de perifere praktijk werkzame orthopedisch chirurg moest zijn, en dat dus de kennis en kunde van drie hoogleraren – deze waren door het hof als deskundige geraadpleegd – niet maatgevend kon zijn. De Hoge Raad overwoog evenwel dat in de conclusies van het hof besloten lag dat het hof tot maatstaf had genomen de zorgvuldigheid die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend specialist mag worden verwacht, welke maatstaf juist was, aldus de Hoge Raad.³²

Het woord *redelijk* impliceert dat de hulpverlener in kwestie niet aan de hoogste normen hoeft te voldoen, maar dat hem een goed gemiddelde als spiegel mag worden voorgehouden.³³ Een goed gemiddelde impliceert niet dat van een hulpverlener niet wordt verlangd nieuwe ontwikkelingen te volgen en in de praktijk toe te passen, zij het dat niet zonder meer de meest recente literatuur moet worden gevolgd: deze dient eerst eenstemmig in haar opvattingen te zijn.³⁴ Of ook nieuwe ontwikkelingen in het buitenland moeten worden

32 HR 9 november 1990, NJ 1991, 26 (Speeckaert/Gradener), rov. 3.7. Zie eerder ‘de zorgvuldigheid van een doorsnee-medicus’: Gerechtshof ’s-Hertogenbosch 13 november 1928, NJ 1928, 1564, ‘de zorgvuldigheid van een goed medicus’: Rechtbank Roermond 23 april 1970, NJ 1970, 378 en ‘de zorgvuldigheid van een normaal bekwaam arts’: Rechtbank Amsterdam 8 april 1981, TvGr 1983, nr. 18.

33 Zie ook de mening van H.J.J. Leenen, Handboek gezondheidsrecht, Deel II, Houten/Diegem: Bohn Stafleu 1996, p. 41 en C.C. van Dam, Aansprakelijkheidsrecht, een grensoverschrijdend handboek, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000, nr. 913.

34 I.P. Michiels van Kessenich-Hoogendam, Beroepsfouten, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 36.

gevolgd, hangt af van het specifieke geval.³⁵ Hetzelfde geldt voor ontwikkelingen op een ander vakgebied dan het vakgebied van de hulpverlener wiens handelen ter discussie staat.³⁶

Een voorbeeld van ‘het goede gemiddelde’ betreft een arrest van het Gerechtshof ’s-Hertogenbosch. In de zaak was de vraag aan de orde of de huisarts (ook nog) de patiënt op eigen initiatief had moeten oproepen en doorverwijzen, terwijl hij reeds het telefonisch advies aan de patiënt had gegeven op korte termijn terug te komen. Het hof oordeelde dat het enkele telefonisch advies voldoende was. Het hof voegde daaraan toe dat de norm van de redelijk bekwaam en redelijk handelend arts niet zo streng is, dat alleen het optimale handelen voldoende is.³⁷

Onder *vakgenoot* wordt verstaan de hulpverlener die hetzelfde specialisme uitoefent als de hulpverlener wiens handelen ter discussie staat.³⁸ Een huisarts hoeft bijvoorbeeld niet over de specifieke kennis en kunde van een oncoloog te beschikken. Wel zal de hulpverlener die gespecialiseerd is in een vakgebied en die zich gedraagt als medisch specialist op een ander vakgebied moeten worden beoordeeld naar het specialisme dat hij uitdraagt.³⁹

De term *dezelfde omstandigheden* verwijst naar omgevingsfactoren. De omgevingsfactoren zijn van invloed op de eisen die aan het handelen van de hulpverlener gesteld mogen worden. Een specialist in een ziekenhuis bijvoorbeeld beschikt over andere middelen dan een hulpverlener die acuut moet handelen in een noodsituatie op straat: aan laatstgenoemde hulpverlener worden minder verstreckende eisen gesteld.⁴⁰

35 T. Vansweevelt, De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis (diss. Antwerpen), Antwerpen: Maklu, derde druk 1997, p. 145.

36 T. Vansweevelt, De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis (diss. Antwerpen), Antwerpen: Maklu, derde druk 1997, p. 145. Zie voor een voorbeeld Rechtbank Arnhem 17 mei 2006, zaaknr. 123017/HA ZA 05-179 (niet gepubliceerd).

37 Gerechtshof ’s-Hertogenbosch 20 juli 2010, JA 2010, 131, met nt. J. Simons en L&S 2010, 130, met nt. R.W.M. Giard. Zie voor een bespreking van het arrest ook J. Meyst-Michels, ‘Kroniek medische aansprakelijkheid’, AV&S 2011, nr. 3 en M.J.J. de Ridder, ‘Kroniek rechtspraak civiel recht’, TvGr 2011, nr. 8, p. 680.

38 T. Vansweevelt, De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis (diss. Antwerpen), Antwerpen: Maklu, derde druk 1997, p. 138.

39 T. Vansweevelt, De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis (diss. Antwerpen), Antwerpen: Maklu, derde druk 1997, p. 139 en het daar genoemde voorbeeld van de tandarts die zich als chirurg gedraagt.

40 Zie B. Sluyters, Medische aansprakelijkheid in Amerika en Nederland, Deventer: Kluwer 1974, p. 38; T. Vansweevelt, De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis (diss. Antwerpen), Antwerpen: Maklu, derde druk 1997, p. 139 en M.C. Ploem, ‘Is er een dokter in de zaal?’, NJB afl. 26/2007, p. 1605-1609.

Met de enkele constatering dat een goed hulpverlener als een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot in vergelijkbare omstandigheden moet handelen, is de uitleg niet compleet. Artikel 7:453 BW geeft immers ook aan dat de hulpverlener bij zijn werkzaamheden moet handelen *conform de verantwoordelijkheid die voortvloeit uit de voor hem geldende professionele standaard*.⁴¹ Het is de vraag of met deze toevoeging iets anders wordt bedoeld dan met de norm ‘goed hulpverlener’. Veeleer lijkt zij er een nadere invulling van: de hulpverlener handelt als een goed hulpverlener als deze (ten minste) handelt conform de professionele standaard.⁴² Het is de professionele standaard waaraan het handelen van de hulpverlener in kwestie wordt getoetst, zoals niet alleen de wetgever destijds aangaf,⁴³ maar ook blijkt uit de rechtspraak.⁴⁴

Dat de professionele standaard de norm weergeeft waaraan wordt getoetst, blijkt ten eerste uit het arrest van de Hoge Raad dat bekend staat als het ‘Protocol I arrest’ van 2001. Het ziekenhuis in kwestie had een protocol opgesteld met betrekking tot de uitvoering van een knieoperatie. Het hof had reeds overwogen dat het protocol op de consensus tussen het ziekenhuis en de daar werkende artsen berustte voor wat betreft hetgeen onder medisch verantwoord handelen moet worden verstaan. Voorts had het hof overwogen dat het onderhavige protocol niet slechts een intern karakter had, maar dat het tevens aangaf wat de patiënt van het ziekenhuis en de arts mocht verwachten. De Hoge Raad overwoog vervolgens: ‘Het Hof heeft niet blijk gegeven van een onjuiste rechtsofpvatting door in de gegeven omstandigheden te oordelen dat het niet naleven van een protocol als een toerekenbare tekortkoming heeft te gelden. Het oordeel dat het onderhavige protocol berust op consensus tussen de Stichting M. en de aan de Stichting M. verbonden artsen met betrekking tot medisch verantwoord handelen is in cassatie niet bestreden. Van Stichting M. c.s. mag verwacht worden dat zij zich in beginsel houden aan de door henzelf opgestelde voorschriften met betrekking tot medisch verantwoord handelen.’⁴⁵

41 Hetzelfde is voorts bepaald in artikel 4 van het Verdrag inzake de rechten van de mens en de waardigheid van het menselijk wezen tot de toepassing van de biologie en de geneeskunde (Biogeneeskundeverdrag): ‘Elke handeling op het gebied van de gezondheidszorg, met inbegrip van onderzoek, dient te worden verricht “in accordance with relevant professional obligations and standards”’. Zie over artikel 4 van dit verdrag ook J.K.M. Gevers, De Raad van Europa en de kwaliteit van zorg, in: J.G. Sijmons e.a., *Recht en zorg van kwaliteit*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2012, p. 78-80.

42 Zie in gelijke zin Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* 2009, nr. 407.

43 Kamerstukken II 1989/90, 21561, nr. 3, p. 33 (MvT).

44 HR 2 maart 2001, NJ 2001, 649, met nt. F.C.B. van Wijmen en J.B.M. Vranken (Protocol-I); HR 1 april 2005, NJ 2006, 377, met nt. F.C.B. van Wijmen en H.J. Snijders (Protocol-II); HR 24 december 2002, NJ 2003, 167, met nt. T.M. Schalken en HR 19 maart 2004, NJ 2004, 307, met nt. W.D.H. Asser (Seresta-arrest), rov. 3.3.

45 HR 2 maart 2001, NJ 2001, 649, met nt. F.C.B. van Wijmen en J.B.M. Vranken (Protocol-I). Zie in dezelfde zin HR 1 april 2005, NJ 2006, 377, met nt. F.C.B. van Wijmen en H.J. Snijders (Protocol-II).

Dat de professionele standaard de norm weergeeft waaraan wordt getoetst, blijkt voorts uit het arrest van de Hoge Raad uit 2002 betreffende geboden hulp bij zelfdoding waarin hij als volgt overwoog: ‘In de (...) rechtspraak van de Hoge Raad ligt niet besloten dat ook in geval van afwezigheid van medisch geclassificeerde somatische of psychische ziektes of aandoeningen hulp bij zelfdoding en euthanasie, verleend onderscheidenlijk toegepast door een arts, onder omstandigheden gerechtvaardigd kunnen zijn. Dat zou overigens ook niet stroken met de in die rechtspraak gestelde eis dat de arts moet hebben gehandeld in overeenstemming met wetenschappelijk verantwoord medisch inzicht en in overeenstemming met in de medische ethiek geldende normen, evenals met de vakkennis waarover hij uit hoofde van zijn beroep moet worden geacht te beschikken.’⁴⁶

De toevoeging dat de hulpverlener dient te handelen ‘in overeenstemming met de op hem rustende verantwoordelijkheid voortvloeiende uit de voor hulpverleners geldende professionele standaard’, betekent evenwel niet dat thans aanstonds duidelijk is wat in een concreet geval van de hulpverlener mag worden verlangd: er is niet één professionele standaard die als zodanig aangegeven kan worden. Artikel 7:453 BW blijft op dit punt slechts algemeen geformuleerd en laat ruimte voor een nadere invulling van die professionele standaard.⁴⁷ Dit betekent dat per individueel geval, ter beantwoording van de vraag of de hulpverlener in kwestie zich als goed hulpverlener heeft gedragen, acht moet worden geslagen op bronnen die de professionele standaard invullen.

In de Memorie van Toelichting werd daarover het volgende opgemerkt: ‘Artikel 7.7.1.2 Nieuw Burgerlijk Wetboek luidt: De opdrachtnemer moet bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed opdrachtnemer in acht nemen. Ingevolge het onderhavige artikel geldt een overeenkomstige verplichting ten aanzien van de hulpverlener. Deze algemeen geformuleerde zorgplicht betekent dat de hulpverlener die zorg moet betrachten, die de redelijke bekwame vakgenoot in dezelfde omstandigheden zou hebben betracht. De rechter zal bij de toetsing van de in het onderhavige artikel neergelegde norm, regels en normen die op het gebied van de hulpverlening in de gezondheidszorg gelden gebruiken als bouwstenen voor zijn oordeel. Zo zullen ter zake van het handelen van een individuele beroepsbeoefenaar gedragsregels die worden gehanteerd door de desbetreffende beroepsorganisatie van belang kunnen zijn voor de toepassing

⁴⁶ HR 24 december 2002, NJ 2003, 167, met nt. T.M. Schalken.

⁴⁷ Zie hierover ook F.C.B. van Wijmen, *Recht op kwaliteit* (oratie Limburg), Deventer: Kluwer 1983, tevens opgenomen in de oratiebundel *Gezondheidsrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2012, p. 115 e.v.

van het onderhavige artikel. Te denken valt aan de gedragsregels van de Koninklijke Nederlandsche Maatschappij tot Bevordering der Geneeskunst. Voorts kunnen normen die zijn ontleend aan de wetenschap op het desbetreffende gebied, zoals geformuleerd in de adviezen van de Gezondheidsraad, op dit punt van belang zijn. Ook kunnen algemeen aanvaarde uitgangspunten die betrekking hebben op de hulpverlening aan specifieke categorieën van patiënten, zoals jongeren, als toetssteen dienen. Gaat het om een rechtspersoon die een instelling, bijvoorbeeld een ziekenhuis, exploiteert, dan zullen bovendien eisen zoals gesteld in de regeling inzake de erkenning van ziekenhuizen, een rol kunnen spelen bij de toepassing van dit artikel.⁴⁸

De professionele standaard brengt bovendien niet noodzakelijkerwijs met zich dat er slechts één goede manier van geneeskundig handelen bestaat.⁴⁹ Er moet dan ook voor worden gewaakt dat, in het geval er twee (of meer) stromingen op medisch behandelgebied bestaan, de conclusie wordt getrokken dat de hulpverlener die de ene stroming aanhangt en toepast, in strijd handelt met hetgeen van een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot mag worden verwacht.⁵⁰ Er bestaat dan immers ook een professionele standaard voor de andere stroming met de andere werkwijze. Wel mag van de hulpverlener worden verlangd dat hij die behandelmethodiek kiest die naar verwachting het beste resultaat voor de patiënt oplevert.⁵¹

Een voorbeeld van twee mogelijke behandelmethoden betreft een zaak die werd voorgelegd aan het Gerechtshof 's-Hertogenbosch. Een patiënte die lange tijd met rugklachten kampte wendde zich tot een neuroloog. De neuroloog gaf aan dat bij de behandeling van de klachten zijn voorkeur uitging naar chemonucleolyse (inspuiting van een kraakbeenoplossend enzym) boven een operatie. De chemonucleolyse werd uitgevoerd, doch had niet het gewenste effect. In verband met de aanhoudende rugklachten wendde de patiënt zich vervolgens tot een orthopedisch chirurg, die een intercorporele spondylodese L4-L5 (het operatief vastzetten van een aantal wervels) heeft uitgevoerd. Daarna trad een lichte verbetering in de rugklachten op. De patiënte stelde de eerste arts aansprakelijk en stelde dat de chemonucleolyse onnodig was verricht. In de procedure werd

48 Kamerstukken II 1989/90, 21561, nr. 3, p. 33 (MvT).

49 Zie bijvoorbeeld Gerechtshof Leeuwarden 6 juli 2010, *L&S* 2010, 135.

50 Rechtbank Arnhem 2 april 1936, *NJ* 1936, 683 en Rechtbank Maastricht 21 december 1939, *NJ* 1940, 1044 besproken door I.P. Michiels van Kessenich-Hoogendam Beroepsfouten, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 41-42.

51 H.J.J. Leenen, J.C.J. Dute en W.R. Kastelein, *Handboek gezondheidsrecht, Deel II*, Houten: Bohn Stafleu van Loghum, vijfde geheel herziene druk, 2008, p. 16 en 27. Zie ook Gerechtshof Leeuwarden 6 juli 2010, *L&S* 2010, 135.

gebruik gemaakt van twee deskundigenberichten. Uit het ene deskundigenbericht kon worden afgeleid dat een chemonucleolyse niet conform de professionele standaard was en uit het andere deskundigenbericht bleek dat dit wel een te verdedigen mogelijkheid was. Het hof oordeelde dat de handelwijze van de neuroloog paste binnen de visie van de tweede deskundige. Voorts overwoog het hof dat het feit dat er op dit gebied kennelijk twee stromingen bestonden, niet betekent dat een arts die de ene stroming aanhangt en toepast enkel vanwege het feit dat er ook een andere stroming bestaat met een andere werkwijze, in strijd handelt met hetgeen van een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot mag worden verwacht.⁵²

Een voorbeeld betreffende de keuze voor een behandeling met het beste resultaat betreft een zaak over een borstverkleining. Het oorspronkelijke beleid behelsde de reductie van de borst aan één zijde. Hoewel de medisch professionele standaard ruimte bood voor meer dan één methode van diagnose en behandeling, achtte het hof het onzorgvuldig dat het oorspronkelijk ingezette beleid niet werd gevolgd. De verkleining van beide borsten bracht meer risico's en nadelen met zich.⁵³

Voorts maken voortschrijdend inzicht en een verbetering van technieken dat de professionele standaard aan verandering onderhevig is. Dit brengt met zich dat het handelen van de hulpverlener moet worden beoordeeld naar de professionele standaard, die gold op het moment dat de geneeskundige behandeling werd uitgevoerd. Van de hulpverlener anno 1990 kan niet worden verlangd dat hij zich gedraagt in overeenstemming met de professionele standaard van 2010. Om diezelfde reden dient bij de beoordeling van de professionele standaard te worden geabstraheerd van kennis die achteraf is verkregen.

De Hoge Raad heeft dit niet met zoveel woorden geoordeeld in het kader van aansprakelijkheid van de hulpverlener, maar de regel kan worden afgeleid uit de jurisprudentie van de Hoge Raad in de 'asbest-zaken'.⁵⁴ Uit de lagere rechtspraak betreffende medische aansprakelijkheid is inmiddels (wel) gebleken dat getoetst moet worden aan de professionele standaard van het moment van geneeskundig behandelen.⁵⁵

52 Gerechtshof's-Hertogenbosch 31 maart 2009, *LJN* BI0044, rov. 4.12.4. Zie voor een bespreking ook J. Meyst-Michels, 'Kroniek medische aansprakelijkheid', *AV&S* 2011, nr. 1, p. 22-39.

53 Gerechtshof Leeuwarden 6 juli 2010, *L&S* 2010, 135.

54 Onder meer HR 2 oktober 1998, *NJ* 1999, 683, met nt. J.B.M. Vranken (Cijssouw/De Schelde II). Zie ook D.S. Rambocus, *Medisch-Juridische causaliteit* (diss. Utrecht), Utrecht 1999, p. 170.

55 Zie voor voorbeelden uit de lagere rechtspraak Gerechtshof's-Hertogenbosch 10 maart 2009, *L&S* 2009, 112, met nt. A.J. Van; Gerechtshof's-Hertogenbosch 20 juli 2010, *JA* 2010, 131, met nt. J. Simons en *L&S*

4.2.1.4 Invulling en begrenzing van de professionele standaard

De professionele standaard omvat enerzijds het geheel van regels en normen zoals die blijken uit de opleidingseisen voor medici, de inzichten en ervaring uit de geneeskundige praktijk, wetenschappelijke literatuur en protocollen en gedragsregels waaraan de hulpverlener is gebonden (medisch-professionele standaard).⁵⁶ Het is de medische beroepsgroep die van oudsher (al dan niet in reactie op de publieke (gezondheidsrechtelijke) regelgeving) door middel van zelfregulering in belangrijke mate de professionele standaard bepaalt.⁵⁷ Dit is niet verwonderlijk, nu het bij uitstek de beroepsgroep is die beschikt over informatie betreffende medisch-wetenschappelijke inzichten en over de ervaring die zij met bepaalde medische handelingen heeft opgedaan.⁵⁸

Een voorbeeld van zelfregulering betreft de gedragsregels en de beroepscodes opgesteld door de Koninklijke Nederlandsche Maatschappij tot bevordering der Geneeskunst (KNMG).⁵⁹

Voor de relatie tussen de hulpverlener en de patiënt zijn onder meer van belang: 'Gedragsregels voor artsen', 'Toelichting op Gedragsregels voor artsen (het groene boekje)', 'Modelregeling arts-patiënt', 'Richtlijnen inzake het omgaan met medische gegevens', 'Richtlijn niet-aangaan of beëindiging van de geneeskundige behandelingsovereenkomst', 'Overdracht van patiëntendossiers na ontstentenis van de arts zonder opvolging', 'Nederlandse artseneed', 'Richtlijn online arts-patiënt contact', 'De arts en niet-reguliere behandelwijzen: gedragsregel', 'Advies voor overdracht patiëntendossier bij verandering van huisarts, een actualisering' en 'Handreiking verantwoordelijkheidsverdeling in de zorg'.⁶⁰

2010, 130, met nt. R.W.M. Giard; Rechtbank Rotterdam 14 april 2010, *LJN* BN7297; Rechtbank Utrecht 25 augustus 2010, *LJN* BN7740; Rechtbank Leeuwarden 16 maart 2011, *L&S* 2011, 240 en Rechtbank 's-Gravenhage 29 mei 2013, *LJN* CA2475. Zie voor een voorbeeld uit de tuchtrechtspraak RTG Zwolle, 28 mei 2009, zaaknr. 143/2008.

56 H.J.J. Leenen, J.C.J. Dute en W.R. Kastelein, *Handboek gezondheidsrecht*, Deel II, Houten: Bohn Stafleu van Loghum, vijfde geheel herziene druk, 2008, p. 24 e.v.

57 H.J.J. Leenen, J.K.M. Gevers en J. Legemaate, *Handboek gezondheidsrecht*, Deel I, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, vijfde geheel herziene druk, 2011, p. 25-27. Zie ook A.C. Hendriks, 'Medische aansprakelijkheid bij (niet) naleven kwaliteitsnormen', *Elsa Leiden Magazine* 06/3, p. 24-29. Inmiddels worden de beroepsorganisaties van overheidswege gestimuleerd om gedragsregels en beroepscodes op te stellen: Kamerstukken II 2011/12, 33000 XVI, nr. 194 (Verslag van een schriftelijk overleg).

58 Zie voor een voorbeeld waarin dit als zodanig werd overwogen Rechtbank Rotterdam 23 november 2011, *LJN* BU9541.

59 Zie voor gedragsregels ook de International Code of Medical Ethics van de World Medical Association, de vereniging van artsensorganisaties, zie <www.wma.net>.

60 Zie de website van de KNMG <www.knmg.artsennet.nl>.

Een ander voorbeeld van zelfregulering betreft de door de medische beroepsgroepen opgestelde richtlijnen of protocollen, waarin zij medische handelingen of instructies hebben beschreven.⁶¹ Met protocollering wordt een eenvormige aanpak van een bepaald medisch probleem nagestreefd.⁶² Hebben de gedragsregels, beroepscodes, richtlijnen en protocollen een bepaalde mate van actualiteit, kenbaarheid, dwingendheid, zijn zij maatschappelijk gefundeerd en opgesteld door een gezaghebbende instantie,⁶³ dan zullen zij doorgaans door de rechter worden gebruikt om vast te stellen wat in de desbetreffende beroepsgroep als goed gebruik wordt gezien.⁶⁴

Voorbeelden zijn de ‘Handreikingen’ van de Landelijke Huisartsen Vereniging,⁶⁵ de NHG-standaarden van het Nederlands Huisartsengenootschap,⁶⁶ de protocollen van de Nederlandse Maatschappij tot bevordering der Tandheelkunde,⁶⁷ de richtlijnen van het Koninklijk Nederlands Genootschap voor Fysiotherapie,⁶⁸ de richtlijnen van de Koninklijke Nederlandse Organisatie voor Verloskundigen⁶⁹ en de richtlijnen van de Nederlandse Vereniging voor Obstetrie en Gynaecologie.⁷⁰

Terzijde wordt opgemerkt dat het feit dat een richtlijn of protocol de professionele standaard invult, niet betekent dat de hulpverlener te allen tijde de richtlijn of het protocol moet volgen en dat hij in die gevallen nimmer tekortschiet. Hoewel de hulpverlener in beginsel alleen van de richtlijn of het protocol mag afwijken, indien dit in het belang van een goede patiëntenzorg is en hij enig afwijken moet kunnen beargumenteren, blijft de norm waaraan de hulpverlener zich moet houden de zorg die een redelijk bekwaam en redelijk handelend hulpverlener behoort te betrachten. Vereist de norm een afwijken van de richtlijn, dan is dat geboden. De omstandigheden van het geval zijn doorslaggevend voor het oordeel van

61 Veel richtlijnen zijn inmiddels te raadplegen via het internet: de website <www.artsennet.nl> geeft een eerste indruk van alle bestaande en conceptrichtlijnen. Voorts is een groot aantal richtlijnen te vinden op de websites van de verschillende Nederlandse ziekenhuizen.

62 R.W.M. Giard, *Aansprakelijkheid van artsen* (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, p. 154 en A.C. Hendriks, ‘Medische aansprakelijkheid bij (niet) naleven kwaliteitsnormen’, *Elsa Leiden Magazine* 06/3, p. 24-29. Zie over richtlijnen ook H.D.C. Roscam Abbing, ‘Richtlijnen voor medisch handelen in gezondheidsrechtelijk perspectief’, *Ned Tijdschr Geneesk.* 1998;142:2480-4.

63 R.W.M. Giard, *Aansprakelijkheid van artsen* (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2005, 157 en 158. Zie voor een voorbeeld van een protocol dat niet aan de eisen voldeed RTG 's-Gravenhage 9 november 2010, *LJN YG0650* en *LJN YG0651*.

64 A.C. Hendriks, ‘Medische aansprakelijkheid bij (niet) naleven kwaliteitsnormen’, *Elsa Leiden Magazine* 06/3, p. 24-29.

65 Zie de website van de Landelijke huisartsen Vereniging <www.lhv.artsennet.nl>.

66 Zie de website van het Nederlands Huisartsengenootschap <www.nhg.artsennet.nl>.

67 Zie de website van de Nederlandse Maatschappij tot bevordering der Tandheelkunde <www.tandartsennet.nl>.

68 Zie de website van de Koninklijk Nederlands Genootschap voor Fysiotherapie <www.fysionet.nl>.

69 Zie de website van de Koninklijke Nederlandse Organisatie voor Verloskundigen <www.knov.nl>.

70 Zie de website van de Nederlandse Vereniging voor Obstetrie en Gynaecologie <www.nvog.nl>.

de rechter of de hulpverlener in kwestie had mogen of had moeten afwijken. Een en ander is door de Hoge Raad duidelijk gemaakt in het 'Protocol-I' en het 'Protocol-II' arrest.

Het Protocol I-arrest zag op een zaak waarin een patiënt in een ziekenhuis (Stichting M.) een arthroscopie aan de linkerknie onderging, waarbij de chirurg een deel van de meniscus verwijderde. Bij controle kort na de operatie werd bij de patiënt een trombose vastgesteld, eerst in het linkerbeen en vervolgens ook in het rechterbeen. Tussen partijen stond in de procedure die op de aansprakelijkstelling van de chirurg volgde, vast dat op grond van een binnen het ziekenhuis vastgesteld protocol bij een arthroscopie van de knie een anti-stollingsmiddel aan de patiënt had moeten worden toegediend. In het onderhavige geval was toediening nagelaten. De Hoge Raad overwoog dat in cassatie niet was bestreden dat het protocol berustte op tussen het ziekenhuis en de aan het ziekenhuis verbonden artsen bestaande consensus met betrekking tot medisch verantwoord handelen. Voorts overwoog hij: 'Van Stichting M. c.s. mag verwacht worden dat zij zich in beginsel houden aan de door henzelf opstelde voorschriften met betrekking tot verantwoord medisch handelen. Afwijking van die voorschriften is slechts toegestaan, indien dat in het belang van een goede patiëntenzorg wenselijk is.'⁷¹

In het Protocol II-arrest formuleerde de Hoge Raad vervolgens de regel terzake het afwijken van een richtlijn als volgt: 'Een protocol voor medische behandeling geeft een richtlijn die in beginsel in acht moet worden genomen, maar waarvan soms kan en in bepaalde gevallen ook moet worden afgeweken, waarbij als maatstaf heeft te gelden dat aan de patiënt de zorg behoort te worden verleend die in de omstandigheden van het geval van een redelijk bekwaam arts mag worden verlangd. Deze maatstaf brengt enerzijds mee dat een afwijking van het protocol door een arts moet kunnen worden beargumenteerd (...), maar anderzijds dat het volgen van het protocol niet zonder meer betekent dat de arts juist heeft gehandeld. Voor de inhoud van het protocol betekent dit dat de opstellers ermee rekening mogen houden dat het wordt gehanteerd door redelijk bekwaame artsen, en dat derhalve, mede uit een oogpunt van praktische hanteerbaarheid, niet alle gegevens behoeven te worden vermeld die aan de betrokken artsen op grond van hun medische kennis en ervaring bekend behoren te zijn.'⁷²

71 HR 2 maart 2001, *NJ* 2001, 649, met nt. F.C.B. van Wijmen (Protocol I-arrest). Zie ook CMT 24 maart 1992, *TvGr* 1992, nr. 57 en CTG 27 januari 2009, *MC* 23 april 2009, nr. 17.

72 HR 1 april 2005, *NJ* 2006, 377, met nt. F.C.B. van Wijmen en H.J. Snijders (Protocol-II arrest).

Zie voor een voorbeeld van een geboden afwijking van het protocol omdat de handelwijze in het protocol gedateerd was, een zaak die zowel door het Regionaal Tuchtcollege als door het Centraal Tuchtcollege is behandeld. In casu ging het om de vraag of de verpleegkundige een verwijt kon worden gemaakt, nu zij bij het inbrengen van een maagsonde niet de in het protocol beschreven ‘watermethode’ maar de ‘luchtmethode’ had toegepast. De patiënt was komen te overlijden nu de sonde in de long bleek te zitten. Zowel het Regionaal Tuchtcollege als het Centraal Tuchtcollege volgde de verpleegkundige in haar standpunt dat zij weliswaar niet had gehandeld conform het protocol, maar dat de luchtmethode moderner en gebruikelijk was en daarom door haar moest worden gevolgd.⁷³

De professionele standaard omvat anderzijds regelgeving ten aanzien van de rechten van de patiënt en andere relevante regelgeving.⁷⁴ De rechten van de patiënt zijn neergelegd in Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW, maar bijvoorbeeld ook in verdragen die mensenrechten tot onderwerp hebben. Hoewel ‘mensenrechten’ algemeen zijn, kunnen zij een bijzondere en concrete betekenis hebben voor de professionele standaard.⁷⁵ Mensenrechten zijn onder meer neergelegd in het Europees Verdrag voor de rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden (EVRM), het Verdrag inzake de rechten van de mens en de waardigheid van het menselijk wezen tot de toepassing van de biologie en de geneeskunde (Biogeneeskunde-verdrag) en het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (Handvest EU). Van belang zijn bijvoorbeeld artikel 3 EVRM en artikel 4 Handvest EU (niemand mag worden onderworpen aan onmenselijke of vernederende behandelingen), artikel 5 Biogeneeskunde-verdrag en artikel 3 Handvest EU (het recht op vrije en geïnformeerde toestemming) en artikel 8 EVRM en artikel 7 Handvest EU (recht op respect voor het privé-, familie- en gezinsleven). Schending van artikel 3 EVRM is bijvoorbeeld aan de orde, indien de patiënt wordt blootgesteld aan een geneeskundige behandeling die als vernederend kan worden bestempeld,⁷⁶ of indien de patiënt zorg wordt onthouden.⁷⁷ Schending van artikel 8 EVRM is bijvoorbeeld aan de orde wanneer het recht op abortus op zodanige wijze aan banden is gelegd dat van een recht op een privéleven niet meer kan worden gesproken.

73 RTG Zwolle 23 augustus 2007, zaaknr. 189/2006 en CTG 11 november 2008, zaaknr. 2007/328. Zie voor een voorbeeld ook Rechtbank Amsterdam 7 december 2011, JA 2012, 54.

74 H.J.J. Leenen, J.C.J. Dute en W.R. Kastelein, *Handboek gezondheidsrecht*, Deel II, Houten: Bohn Stafleu van Loghum, vijfde geheel herziene druk, 2008, p. 24 e.v.

75 Zie uitvoeriger voor de betekenis van het EVRM voor het gezondheidsrecht A.C. Hendriks, *De betekenis van het EVRM voor het gezondheidsrecht*, in *Gezondheidszorg en Europees recht*, Preadvis 2009, p. 15-87. Zie eerder ook hoofdstuk 3, par. 3.1.

76 EHRM 26 mei 2011, EHRC 2011, 109, met nt. A.C. Hendriks (R.R./Polen).

77 EHRM 27 juli 2010, zaaknr. 15952/09 (Rokosz/Polen) en EHRM 16 februari 2010, zaaknr. 7078/02 (VD/Roemenië).

Een voorbeeld waarbij deze fundamentele rechten aan bod kwamen betreft de uitspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) in de zaak R.R. tegen Polen. In geding was een medische behandeling tegen de achtergrond van de wens van de patiënte tot genetisch onderzoek van de vrucht waarvan zij zwanger was, teneinde te kunnen beslissen of zij en haar echtgenoot al dan niet de zwangerschap zouden beëindigen. Deze wens was ingegeven door het vermoeden van een kind met een (ernstige) afwijking. De patiënte werd tijdens haar zwangerschap in haar verzoek keer op keer gefrustreerd en onheus bejegend. De obstructie leidde ertoe dat eerst toen het te laat was, zij tot onderzoek werd toegelaten. Beëindiging van de zwangerschap bij de gebleken afwijkingen was echter gezien de duur van de zwangerschap niet meer mogelijk.⁷⁸

Rechten van de patiënt zijn ook neergelegd in Richtlijn 2011/24/EU betreffende de toepassing van de rechten van patiënten bij grensoverschrijdende gezondheidszorg.⁷⁹ Gezondheidszorg wordt in de Richtlijn gedefinieerd als ‘gezondheidsdiensten die door gezondheidsmedewerkers aan patiënten worden verstrekt om de gezondheidstoestand van deze laatsten te beoordelen, te behouden of te herstellen, waaronder begrepen het voorschrijven en het verstrekken van geneesmiddelen en medische hulpmiddelen (artikel 3, sub a, Richtlijn).⁸⁰ Met deze richtlijn beoogt de Europese Commissie een communautair kader voor grensoverschrijdende gezondheidszorg tot stand te brengen door de interne werking van de markt en het vrije verkeer van personen te verbeteren.⁸¹ De grondslag voor de Richtlijn wordt dan ook gevormd door artikel 114 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VwEU). Een tweede grondslag wordt gevormd door artikel 168 VwEU, dat bepaalt dat bij de bepaling en de uitvoering van elk beleid en elk optreden van

78 EHRM 26 mei 2011, *EHRC* 2011, 109, met nt. A.C. Hendriks (R.R./Polen). Zie voor andere voorbeelden EHRM 8 november 2011, *EHRC* 2012, 18, met nt. A.C. Hendriks (V.C./Slowakije) en EHRM 12 juni 2012, zaaknr. 29518/10 (N.B./Slowakije).

79 Brussel 2 juli 2008 COM (2008) 414 definitief, 2008/0142 (COD) ‘Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de toepassing van de rechten van patiënten bij grensoverschrijdende gezondheidszorg’. Zie voor de tekst: PbEU 2011 L88/45. Implementatie dient te geschieden voor 25 oktober 2013. Zie over de invloed van Richtlijn 2011/24/EU nader W. Sauter, ‘Patiëntenrechten bij grensoverschrijdende zorg’, *NtEr* 2009, nr. 1, p. 1-7; A.P. van der Mei, ‘De nieuwe Richtlijn betreffende de toepassing van de rechten van patiënten bij grensoverschrijdende zorg’, *NJB* (portal) 2011/2049; S.A. de Vries, ‘De Europese patiëntenrichtlijn: van privileges naar rechten voor alle patiënten in Europa?’, *NtEr* 2011, nr. 7, p. 215-224; H. Nys, ‘De rechten van de europatiënt, de individuele rechten van de patiënt in Richtlijn 2011/24/EU’, *AA* 60 (2011) 7/8, p. 558-564 en J.W. van de Gronden en J.J.M. Sluijs, De betekenis van het EG-Verdrag voor het reguleren van de zorgmarkt’, in: *Gezondheidszorg en Europees Recht*, Preadvies 2009, p. 127 e.v.

80 Richtlijn 2011/24/EU is niet van toepassing op langdurige zorg die wordt verleend door thuiszorgdiensten, in zorgwoningen en in verzorgingstehuizen, op de toewijzing van en de toegang tot organen ten behoeve van transplantatie en evenmin op publieke vaccinatieprogramma’s tegen infectieziekten (artikel 1, derde lid, Richtlijn).

81 Zie overweging 2 van de toelichting op Richtlijn 2011/24/EU.

de EU een hoog niveau van bescherming van de menselijke gezondheid verzekerd moet worden.⁸²

Opgemerkt wordt dat artikel 168 VwEU geen zelfstandige grondslag kan vormen vanwege de omstandigheid dat ingevolge artikel 168, vijfde lid, VwEU harmonisatie van wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de Lidstaten is uitgesloten en ingevolge artikel 168, zevende lid, VwEU het optreden van de EU de verantwoordelijkheden van de Lidstaten met betrekking tot de bepaling van hun gezondheidsbeleid, alsmede de organisatie en de verstrekking van gezondheidsdiensten en geneeskundige verzorging, dient te eerbiedigen.

De Richtlijn geeft inzicht in algemeen geaccepteerde verantwoordelijkheden en verplichtingen van elke Lidstaat ten opzichte van de patiënt. In het bijzonder hoofdstuk II, dat uit artikel 4 (verantwoordelijkheden van de Lidstaat waar behandeling plaatsvindt), artikel 5 (verplichtingen van de Lidstaat van aansluiting⁸³) en artikel 6 (nationale contactpunten voor grensoverschrijdende gezondheidszorg) bestaat, is daartoe van belang. Omdat de Richtlijn in dit hoofdstuk geen onderscheid maakt tussen patiënten die de grens oversteken en patiënten die in eigen land blijven, geven de verplichtingen uit de Richtlijn ook inhoud aan de gezondheidszorg die ten opzichte van de Nederlandse patiënt moet worden geleverd.⁸⁴ Van belang is bijvoorbeeld het bepaalde in artikel 4, eerste lid, Richtlijn, dat zorg wordt verleend in overeenstemming met kwaliteits- en veiligheidsnormen en -richtsnoeren die door de Lidstaat van behandeling zijn vastgesteld en in overeenstemming met uniale wetgeving inzake veiligheidsnormen. Ingevolge artikel 4, tweede lid, Richtlijn hebben patiënten recht op informatie om een keuze voor een bepaalde zorgaanbieder te maken en dient er voor de behandeling van de patiënt een beroepsaansprakelijkheidsverzekering te zijn afgesloten of een regeling met een gelijkwaardige bescherming. Ingevolge artikel 5 bijvoorbeeld dient de Lidstaat van aansluiting de beschikbaarheid van een medische vervolgbehandeling te garanderen. In het bijzonder voor het verhaal van schade is van belang overweging 23 Richtlijn dat toelicht dat het garanderen van duidelijke gemeenschappelijke verplichtingen aangaande het voorzien in mechanismen voor de omgang met zorggerela-

82 Zie overweging 1 van de toelichting op Richtlijn 2011/24/EU.

83 De Lidstaat van aansluiting is de Lidstaat waar toestemming voor behandeling in een andere Lidstaat wordt verleend.

84 Zie voor deze 'sluimerende harmonisatie' W. Sauter, 'Patiëntenrechten bij grensoverschrijdende zorg', *NtEr* 2009, nr. 1, p. 1-7; A.P. van der Mei, 'De nieuwe Richtlijn betreffende de toepassing van de rechten van patiënten bij grensoverschrijdende zorg', *NJB* (portal) 2011/2049; S.A. de Vries, 'De Europese patiëntenrichtlijn: van privileges naar rechten voor alle patiënten in Europa?', *NtEr* 2011, nr. 7, p. 215-224; H. Nys, 'De rechten van de europatiënt, de individuele rechten van de patiënt in Richtlijn 2011/24/EU', *AA* 60 (2011) 7/8, p. 558-564 en J.W. van de Gronden en J.J.M. Sluijs, 'De betekenis van het EG-Verdrag voor het reguleren van de zorgmarkt', in: *Gezondheidszorg en Europees Recht*, Preadvies 2009, p. 130-131.

teerde schade essentieel is teneinde te voorkomen dat een gebrek aan vertrouwen in die mechanismen een belemmering vormen voor de verbreiding van grensoverschrijdende gezondheidszorg. De mechanismen om patiënten te beschermen moeten zijn afgestemd op de aard en de omvang van de risico's.

Relevante andere regelgeving die inhoud geeft aan de professionele standaard betreft de publiekrechtelijke regelgeving op het terrein van de gezondheidszorg.⁸⁵ Sommige gezondheidsrechtelijke wetten regelen een bepaald onderdeel van het medisch handelen,⁸⁶ zoals de Wet toetsing levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding.⁸⁷ Andere gezondheidsrechtelijke wetten hebben een meer algemene reikwijdte, zoals de Kwaliteitswet zorginstellingen (Kwz),⁸⁸ en de Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg (Wet BIG).⁸⁹

De Kwz is van toepassing op alle instellingen in de zorgsector, zoals ziekenhuizen, verpleeghuizen, RIAGG's en privéklinieken, en op individuele beroepsbeoefenaren die gezamenlijk zorg verlenen, zoals artsen in een gezondheidscentrum of een groepspraktijk, aldus artikel 1, aanhef en onder c, Kwz.⁹⁰ Samenwerkende solisten vallen niet onder de Kwz.⁹¹ De Kwz is dus met name van belang bij het invullen van de professionele standaard waarnaar het *ziekenhuis* moet handelen. De Kwz verplicht ziekenhuizen hun eigen kwaliteit te bewaken, te beheersen en te verbeteren. De Kwz noemt vier kwaliteitseisen waaraan een ziekenhuis moet voldoen: het aanbieden van verantwoorde zorg (artikel 2 Kwz), het aanbieden van op kwaliteit gericht beleid (artikel 3 Kwz), het opzetten van een kwaliteitssysteem (artikel 4 Kwz) en het maken van een jaarverslag (artikel 5 Kwz). Bovendien dient het ziekenhuis elke calamiteit die in de instelling heeft plaatsgevonden en elk seksueel misbruik waarbij een patiënt of cliënt dan wel

85 H.J.J. Leenen, J.C.J. Dute en W.R. Kastelein, *Handboek gezondheidsrecht*, Deel II, Houten: Bohn Stafleu van Loghum, vijfde geheel herziene druk, 2008, p. 13.

86 Zie bijvoorbeeld Wet afbreking zwangerschap, Wet medisch-wetenschappelijk onderzoek bij mensen, Wet op de orgaandonatie, Wet toetsing levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding, Wet op de lijkbezorging, Wet op de medische keuringen, Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting, Wet foetaal weefsel, Wet inzake handelingen met geslachtscellen en embryo's, Wet veiligheid en kwaliteit lichaamsmateriaal en Wet Bijzondere Opnemings Psychiatrische Ziekenhuizen.

87 Wet van 12 april 2001, Stb. 2001, 194.

88 Wet van 18 januari 1996, Stb. 1996, 80.

89 Wet van 11 november 1993, Stb. 1993, 655. Andere voorbeelden zijn de Wet marktordening gezondheidszorg (Wmg), Wet van 7 juli 2006, Stb. 2006, 415 en de Wet Toelating Zorginstellingen (WTZi), Wet van 20 oktober 2005, Stb. 2005, 571.

90 Kamerstukken II 1993/94, 23633, nr. 3, p. 8 (MvT).

91 Kamerstukken II 1993/94, 23633, nr. 3, p. 8 (MvT).

hulpverlener van de instelling is betrokken aan de Inspectie voor de Gezondheidszorg te melden (artikel 4a Kwz).

De Wet BIG is alleen van toepassing op individuele beroepsbeoefenaren en is dus met name van belang bij het invullen van de professionele standaard waarnaar de arts moet handelen. De normstelling van de Wet BIG is te vinden in artikel 40, eerste en tweede lid, Wet BIG. Ingevolge dat artikel dient de geregistreerde arts zijn beroepsuitoefening op zodanige wijze te organiseren en dient hij zich zodanig van materieel te voorzien, dat een en ander leidt of redelijkerwijze moet leiden tot verantwoorde zorg. Voorts kent de Wet BIG strafbepalingen die eveneens maatgevend zijn voor het (niet) handelen als goed hulpverlener.⁹²

Relevant zijn tevens de Europese richtlijnen die op verschillende medische terreinen zijn ontwikkeld. Zo is bijvoorbeeld Richtlijn 2001/83/EG van belang voor het professionele gebruik door de hulpverlener van geneesmiddelen,⁹³ en Richtlijn 93/42/EEG voor het professionele gebruik van medische hulpmiddelen.⁹⁴

Andere voorbeelden zijn Richtlijn 98/8/EG betreffende het op de markt brengen van biociden,⁹⁵ Richtlijn 90/385 EEG betreffende de onderlinge aanpassing van de wetgevingen van de lidstaten inzake actieve implanteerbare medische hulpmiddelen,⁹⁶ Richtlijn 98/79/EG inzake in vitro diagnostica,⁹⁷ Richtlijn 2005/50/EG betreffende de herindeling van heup, knie- en schouderprothesen,⁹⁸ en Richtlijn 97/43/Euratom betreffende de bescherming van personen tegen de gevaren van ioniserende straling in verband met medische blootstellingen.⁹⁹ Wat bloed en bloedproducten betreft zijn Richtlijn 2002/98/EG,¹⁰⁰ en Richtlijn 2001/83/EG van belang.¹⁰¹ Richtlijn 2004/23/EG tot slot is van belang inzake

92 Zie hoofdstuk 2, par. 2.5.5.

93 PbEG L 311 van 28 november 2001, gewijzigd bij Richtlijn 2010/84/EU, PbEU L 348 van 31 december 2010 en Richtlijn 2011/62/EU, PbEU L174 van 1 juli 2011.

94 PbEG L/1993/169/1 van 12 juli 1993, gewijzigd bij Richtlijn 2007/47/EG, PbEU L 247/21 van 21 september 2007.

95 PbEG L 6 van 10 januari 2002, gewijzigd bij Richtlijn 2007/47/EG, PbEU L 247/21 van 21 september 2007.

96 PbEG L 189 van 20 juli 1990, gewijzigd bij Richtlijn 2007/47/EG, PbEU L 247/21 van 21 september 2007.

97 PbEG L 331 van 7 december 1998.

98 PbEG L 194 van 25 juli 2005.

99 PbEG L 180 van 9 juli 1997.

100 PbEG L 33/30 van 8 februari 2003.

101 PbEG L 136 van 30 april 2004.

het doneren, verkrijgen, testen, bewerken, bewaren en distribueren van menselijke weefsels en cellen.¹⁰²

De meeste Europese richtlijnen zijn of worden verwerkt in de Nederlandse wetgeving. Voor zover de wet zelf onduidelijk is, moet zij worden uitgelegd aan de hand van de Europese richtlijn door 'richtlijnconforme' interpretatie.¹⁰³ Richtlijnen 2001/83/EG betreffende geneesmiddelen bijvoorbeeld is verwerkt in de Geneesmiddelenwet (Gmw),¹⁰⁴ het bijbehorende Besluit Geneesmiddelenwet,¹⁰⁵ en de Regeling Geneesmiddelenwet.¹⁰⁶ De richtlijnen betreffende medische hulpmiddelen zijn geïmplementeerd door middel van het Besluit medische hulpmiddelen (Bmh),¹⁰⁷ het Besluit gesteriliseerde medische hulpmiddelen in ziekenhuizen,¹⁰⁸ het Besluit actieve implantaten,¹⁰⁹ en het Besluit in vitro diagnostica.¹¹⁰ Sinds 1970 kent Nederland bovendien de Wet op de Medische Hulpmiddelen (Wmh).¹¹¹

Andere voorbeelden zijn Richtlijn 97/43/Euratom, welke richtlijn is geïmplementeerd in hoofdstuk 6 van het Besluit Stralingsbescherming 2002,¹¹² en de bloedrichtlijnen die geïmplementeerd zijn door de Regeling voorschriften bloedvoorziening en het Besluit kwaliteitseisen ziekenhuisbloedbanken.¹¹³ Ook kent Nederland de Wet inzake bloedvoorziening (Wibv).¹¹⁴ Voorts is van belang de Wet veiligheid en kwaliteit lichaamsmateriaal (Wvkl),¹¹⁵ welke wet is aange-

102 PbEG L 102 van 31 maart 2004.

103 HvJEG 10 april 1984, zaaknr. 14/83 en HvJEG 13 november 1990, zaaknr. 106/89.

104 Wet van 8 februari 2007, Stb. 2007, 93. Zie voor de implementatie van Richtlijn 2010/84/EU de Wet van 20 december 2012, Stb. 2013, 21.

105 Besluit van 19 maart 2007, Stb. 2007, 128. Zie voor de definitie van geneesmiddel artikel 1, aanhef en onder b, Gmw. Zie voorts HR 8 maart 2002, *NJ* 2003, 706, met nt. G.R.J. de Groot; HR 24 maart 2006, *NJ* 2009, 485, met nt. M.R. Mok; HR 22 september 2006, *LJN* AX1576; Gerecht in Eerste Aanleg Curaçao 15 januari 1973, *NJ* 1973, 314; Gerechtshof Arnhem 23 september 2008, *JA* 2009, 29 en Rechtbank Haarlem 27 maart 2009, *LJN* BH8658. Zie voor de systematiek van de Gmw uitvoerig H.J.J. Leenen, J.C.J. Dute, W.R. Kastelein, Handboek gezondheidsrecht, Deel II, Houten: Bohn Stafleu van Loghum vijfde geheel herziene druk 2008, paragraaf 3.3 van hoofdstuk 3.

106 Regeling van de Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport van 25 juni 2007, nr. GMT/MVG 2780607, houdende uitvoering van bepalingen van de Geneesmiddelenwet.

107 Besluit van 30 maart 1995, Stb. 1995, 243.

108 Besluit van 6 mei 1983, Stb. 1983, 560.

109 Besluit van 5 juli 1993, Stb. 1993, 385.

110 Besluit van 22 juni 2001, Stb. 2001, 385.

111 Wet van 15 januari 1970, Stb. 1970, 53.

112 Besluit van 16 juli 2001, Stb. 2002, 565. Zie voor een uitgebreid overzicht van alle wetgeving op het gebied van röntgenstraling de publicaties van het RIVM op de website van het RIVM <www.rivm.nl>.

113 Regeling van 31 januari 2005, nr. GMT/MT2551254, respectievelijk Besluit van 23 december 2004, Stb. 2005, 33.

114 Wet van 4 december 1997, Stb. 1997, 645.

115 Wet van 6 februari 2003, Stb. 2003, 90.

past aan Richtlijn 2004/23/EG. De eisen die worden gesteld aan het orgaancentrum, de weefselinstelling en de instelling die het materiaal toepast op de patiënt zijn geregeld in het Eisenbesluit lichaamsmateriaal.¹¹⁶

Ook het Wetboek van Strafrecht is een relevante wetgevingsbron die de professionele standaard invult.¹¹⁷ Het handelen in strijd met een stafbepaling betekent veelal dat niet is gehandeld in overeenstemming met de professionele standaard.¹¹⁸

Hoewel zij geen wetgeving is, wordt tot slot gewezen op de Gedragscode Openheid Medische incidenten; betere afwikkeling Medische Aansprakelijkheid (GOMA).¹¹⁹ De GOMA is tot stand gekomen op initiatief van de Letselschaderaad en is voornamelijk bedoeld om het schadeafwikkelingstraject na een incident soepeler te laten verlopen. Daarnaast bevat de GOMA negen aanbevelingen voor de hulpverlener, waaronder het goed bijhouden van een dossier, het geven van openheid over incidenten, het toegeven van fouten, het behulpzaam zijn bij het vergaren van bewijsmateriaal en het informeren van de patiënt over diens rechten. In zoverre kan ook de GOMA invulling geven aan de professionele standaard.

Veel van de hiervoor genoemde gedragsregels en wetgevingsbronnen vinden hun uitwerking in uitspraken van rechters over wat onder ‘juist medisch handelen’ moet worden verstaan: zij interpreteren de bronnen en bepalen de norm. Zo wordt bijvoorbeeld de uitwerking van de norm ‘verantwoorde zorg’ van de Wet BIG handen en voeten gegeven door de tuchtrechter, bepaalt de strafrechter of de hulpverlener in kwestie aan een straf kan ontkomen door een beroep te doen op het gebruik binnen zijn medische beroepsgroep,¹²⁰ en bepaalt de civiele rechter of de hulpverlener, ondanks diens handelen conform het gebruik binnen de medische beroepsgroep, is tekortgeschoten.¹²¹ De invulling van de professionele standaard wordt aldus begrensd door het oordeel van de rechter aan wie het handelen van

116 Besluit van 17 januari 2007, Stb 2007, 59.

117 Wet van 3 maart 1881, Stb. 1881, 6.

118 Zie voor relevante strafbepalingen hoofdstuk 2, par. 2.5.5.

119 De Letselschaderaad, Gedragscode Openheid Medische incidenten; betere afwikkeling Medische Aansprakelijkheid (GOMA), Den Haag maart 2012, p. 14.

120 Zie met name de jurisprudentie van de Hoge Raad in het kader van medisch-ethische kwesties, zoals euthanasie, hulp bij zelfdoding of hulp bij abortus provocatus zonder medische indicatie: HR 27 november 1984, NJ 1985, 106, met nt. Th.W. van Veen; HR 21 oktober 1986, NJ 1987, 607, met nt. G.E. Mulder; HR 21 juni 1994, NJ 1994, 656, met nt. T.M. Schalken; HR 5 december 1995, NJ 1996, 322, met nt. A.C. 't Hart en HR 24 december 2002, NJ 2003, 167, met nt. T.M. Schalken.

121 Zie in die zin ook A.C. Hendriks, ‘Medische aansprakelijkheid bij (niet) naleven kwaliteitsnormen’, *Elsa Leiden Magazine* 06/3, p. 24-29. Zie voorts J. Legemaate in zijn bijdrage aan het Jaarverslag van de Tuchtcolleges voor de Gezondheidszorg 2011, p. 13-15.

de hulpverlener wordt voorgelegd.¹²² Dit betekent dat de professionele standaard in eerste en laatste instantie wordt bepaald door de rechter.¹²³

Een voorbeeld van begrenzing door het oordeel van de civiele rechter betreft een arrest van het Gerechtshof Amsterdam: ‘De deskundige zal de rechter (...) kunnen voorlichten omtrent de vraag of en in hoeverre het medisch handelen volgens de inzichten van de beroepsgroep juist en zorgvuldig is geweest. Daarmee is echter nog niet gezegd dat het handelen ook in civielrechtelijke zin (voldoende) zorgvuldig is. Het oordeel daarover is aan de rechter. In dit geval is dat niet anders. Zo zal een medisch gezien “fair result” (...) in civielrechtelijke zin niet zonder meer voldoende behoeven te zijn indien een redelijk bekwaam en redelijk handelend orthopedisch chirurg een “good result” had kunnen behalen.’¹²⁴

Een ander voorbeeld betreft een arrest van het Gerechtshof’s-Hertogenbosch. Het hof overwoog in een zaak waarin de bij de toepassing van bloedleegtebanden te hanteren druk ter discussie stond als volgt: ‘Het hof verwierpt het argument van het JBZ dat het in 1997 nog in veel ziekenhuizen gebruikelijk was om een druk van omstreeks 400 tot 450 mm Hg te hanteren. Indien deze stelling over een bij veel ziekenhuizen bestaand gebruik al juist zou zijn (...), brengt het enkele feit dat een bepaalde praktijk nog op veel plaatsen wordt gevolgd niet mee dat die praktijk dus niet onzorgvuldig is. De omstandigheid dat collega’s hun werkzaamheden op de oude voet blijven voortzetten, ondanks het feit dat sprake is van nieuwe ontwikkelingen op het vakgebied, betekent niet dat die nieuwe ontwikkelingen niet behoren te worden gevolgd door een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot.’¹²⁵

122 Zie ook H.J.J. Leenen, J.C.J. Dute en W.R. Kastelein, *Handboek gezondheidsrecht*, Deel II, Houten: Bohn Stafleu van Loghum, vijfde geheel herziene druk, 2008, p. 24 en T. Vanswevelt, *de civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis* (diss. Antwerpen), Antwerpen: Maklu, derde druk 1997, p. 149. Zie tevens de noot van J. Simons onder Gerechtshof’s-Hertogenbosch 20 juli 2010 in *JA* 2010, 131.

123 Zie ook T. Vanswevelt, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis* (diss. Antwerpen), Antwerpen: Maklu, derde druk 1997, p. 149 en B.P. Dekker en M. Hartman, ‘Dan gaat de rechter op de stoel van de dokter zitten, over de vraagstelling en de rol van de deskundige in medische aansprakelijkheidszaken’, *L&S* 2006, nr. 4, p. 6-10.

124 Gerechtshof Amsterdam 24 maart 2009, zaaknr. 106.007.506/01 (niet gepubliceerd). Zie ook Rechtbank Rotterdam 28 november 2007, *LJN* BD7445 en Rechtbank Rotterdam 23 november 2011, *LJN* BU9541.

125 Gerechtshof’s-Hertogenbosch 10 maart 2009, *L&S* 2009, 112, met nt. A.J. Van. Zie voor een bespreking ook J. Meyst-Michels, ‘Kroniek medische aansprakelijkheid’, *AV&S* 2011, nr. 1, p. 22-39.

4.2.1.5 Illustraties van typen tekortkomingen

Artikel 7:453 BW vormt de belangrijkste norm ter vaststelling van een tekortkoming van de hulpverlener en werkt door in alle verplichtingen van de hulpverlener. Ter verduidelijking wordt hieronder een aantal veel voorkomende typen tekortkomingen beschreven.

Illustratie I Niet voldoende of onjuist informeren

Op de hulpverlener rust ingevolge artikel 7:448 BW de verplichting de patiënt voorafgaand aan de geneeskundige behandeling informatie te verstrekken. Het doel van de informatieplicht is het bewerkstelligen van een zodanig informatieniveau dat de patiënt toestemming kan geven voor de te verrichten geneeskundige behandeling (*informed consent*).¹²⁶ Het niet, onjuist of onvoldoende informeren van de patiënt levert een schending op van de verplichting van artikel 7:448 BW. De schending betekent bovendien dat de hulpverlener zich niet heeft gedragen als een goed hulpverlener.

Zie voor een voorbeeld van een zaak waarin een patiënte onvoldoende was geïnformeerd een zaak die aan de Rechtbank 's-Gravenhage werd voorgelegd. Als gevolg van de onvoldoende informatie die eruit bestond dat de mogelijkheid van sterilisatie na een spoedkeizersnede niet met de patiënte was besproken, had de patiënte ingestemd met een sterilisatie die medisch niet noodzakelijk was.¹²⁷

Veel patiënten die na een geneeskundige behandeling worden geconfronteerd met schade, klagen er met name over dat de hulpverlener hen niet of onvoldoende heeft geïnformeerd over de risico's die aan de geneeskundige behandeling kleven, waardoor zij er niet weloverwogen voor hebben kunnen kiezen in te stemmen met de voorgestelde behandelmethode. Waren zij wel geïnformeerd, dan hadden zij voor een andere behandeling gekozen. De andere behandeling zou, zo wordt veronderstellenderwijs aangenomen, niet tot de schade van de patiënt hebben geleid.

Een voorbeeld betreft een arts die had nagelaten de patiënte te informeren over een kans op zenuwbeschadiging bij een operatie aan de pols van de patiënt. De

¹²⁶ Zie hoofdstuk 3, par. 3.4.1.

¹²⁷ Rechtbank 's-Gravenhage 22 december 2010, *LJN* BO9396, ook besproken door M.J.J. de Ridder, 'Kroniek rechtspraak civiel recht', *TvGr* 2011, nr. 8, p. 675-693. Zie voor een ander voorbeeld van een schending van zowel artikel 7:448 BW als artikel 7:453 BW Rechtbank Rotterdam 24 november 2010, *LJN* BO7879. Zie ook EHRM 8 november 2011, *EHRC* 2012, 18, met nt. A.C. Hendriks (V.C./Slowakije) en EHRM 12 juni 2012, zaaknr. 29518/10 (N.B./Slowakije) in welke zaken de patiënte eveneens zonder instemming werd gesteriliseerd.

patiënte stelde dat zij, had zij van de kans op zenuwbeschadiging geweten, van de operatie had afgezien.¹²⁸

Een probleem dat bij dit type tekortkomingen optreedt, is het bewijs van een causaal verband tussen de geschonden verplichting en de gestelde schade van de patiënt. In hoofdstuk 6 wordt nader op de problematiek van het causaal verband bij *informed consent* ingegaan.¹²⁹

Illustratie II Het niet stellen van de juiste diagnose of het te laat stellen van de juiste diagnose

Op de hulpverlener rust een behandelplicht. Het doel van de behandelplicht is de patiënt ervan te verzekeren dat hij niet verstoken blijft van een noodzakelijke behandeling.¹³⁰ Het stellen van één of meer juiste diagnoses – na het opnemen van de anamnese, het doen van onderzoek en het interpreteren van het door onderzoek verkregen materiaal – maakt deel uit van het geneeskundig behandelen en dient te gebeuren conform de professionele standaard. Een onjuiste diagnosestelling (er wordt een diagnose gesteld voor een ziekte waaraan de patiënt niet lijdt of de ziekte wordt gemist) als gevolg van onvoldoende onderzoek voorafgaand aan het stellen van de diagnose, door een onjuiste beoordeling van het door onderzoek verkregen (beeld)materiaal, of door een onjuiste beoordeling van door de anamnese verkregen informatie, houdt een tekortkoming van de hulpverlener in.¹³¹

In het bijzonder het te laat stellen van de juiste diagnose is een vaak voorkomende tekortkoming, zo blijkt uit de rechtspraak. Dit type tekortkoming wordt aangeduid met de term ‘*delay*’.

Een voorbeeld betreft een patiënte die in juli 2003 aan haar huisarts aangaf dat zij pijn had in de linkerarm, vingers en schouder. De verstrekte pijnmedicatie hielp niet. Op 23 augustus 2003 gaf zij aan ook last te hebben van benauwdheid. Op 25 augustus 2003 bezocht zij haar huisarts, met voornoemde pijnklachten maar zonder benauwdheid. In de avond van 29 augustus 2003 kreeg zij heftige pijnklachten, gepaard gaand met misselijkheid, zweten en grauw zien. Die avond belde zij de huisartsenpost. De dienstdoende huisarts stelde telefonisch

128 HR 23 november 2001, *NJ* 2002, 386. Zie voor een voorbeeld ook HR 23 november 2001, *NJ* 2002, 387, met nt. J.B.M. Vranken.

129 Hoofdstuk 6, par. 6.3.2.2.

130 Hoofdstuk 3, par. 3.4.2.

131 Zie bijvoorbeeld Rechtbank Zwolle-Lelystad 7 november 2007, *LJN* BC7015 (radioloog miste de aanwezigheid van een bijniertumor). Zie voor een ander voorbeeld Gerechtshof 's-Gravenhage 10 oktober 2002, *NJ* 2003, 99 (niet stellen van de juiste diagnose ‘een door streptococci veroorzaakte flegmoneus panaritium’). Ook een onvolledige of onjuiste differentiaal diagnose kan leiden tot een schending van artikel 7:453 BW, zie bijvoorbeeld Rechtbank Amsterdam 14 juli 2010, *LJN* BO3288.

de diagnose slijmbeursontsteking. De volgende ochtend werd in het ziekenhuis een zwaar hartinfarct geconstateerd en werd de patiënte gedotterd. Het hart bleek blijvend zwaar beschadigd en de patiënte vorderde vergoeding van vermogensschade en ander nadeel. De rechtbank oordeelde dat de huisarts van de huisartsenpost een beroepsfout had gemaakt door de patiënte niet te laten komen voor lichamelijk onderzoek. Had hij dat wel gedaan, dan had hij haar in verband met de verdenking van een acuut hartinfarct onmiddellijk per ambulance naar het ziekenhuis laten vervoeren, waar eerder de diagnose hartinfarct zou zijn gesteld en in welk geval zij eerder zou zijn gedotterd, aldus de rechtbank.¹³²

Een ander voorbeeld betreft een uitspraak van het Gerechtshof Amsterdam. In de zaak die aan het hof ter beoordeling voorlag, stond de medische behandeling van een baby centraal. De baby had kort na haar geboorte symptomen die deden denken aan een vitame K tekort. De behandelend kinderarts stuurde kind en ouders naar huis. De volgende dag volgde opname en werd een hersenbloeding aangetroffen. In de procedure die door de ouders van de baby aanhangig was gemaakt, werd geoordeeld dat de kinderarts onzorgvuldig had gehandeld door de baby te laat op te nemen, waar de te late diagnosestelling het gevolg van was.¹³³

Een specialis van het *delay* is het te laat onderkennen van gezondheidsschade (het medisch gevolg¹³⁴) als gevolg van een complicatie. Onder een complicatie wordt verstaan 'een onbedoelde en ongewenste gebeurtenis of toestand tijdens of volgend op medisch specialistisch handelen, die voor de gezondheid van de patiënt zodanig nadelig is dat aanpassing van het medisch (be-)handelen noodzakelijk is dan wel dat sprake is van onherstelbare schade, zonder dat de hulpverlener een verwijt kan worden gemaakt'.¹³⁵ Niet de beschadiging van een lichaamsdeel of weefsel wordt als een tekortkoming aangemerkt als wel het te laat onderkennen van de beschadiging. Onderkent de hulpverlener de complicatie te laat, dan schendt hij de verplichting van artikel 7:453 BW.

Een voorbeeld betreft een kindercardioloog die bij de hartcatheterisatie van een baby de binnenste wand van een bloedvat had beschadigd. Hoewel de cardioloog moeite had met het verwijderen van de sheath (buisje dat na het aanprikken van het bloedvat in de aangeprikte slagader wordt geplaatst), werd de

¹³² Rechtbank Utrecht 8 december 2010, *LJN* BO6888.

¹³³ Gerechtshof Amsterdam 4 januari 1996, *NJ* 1997, 213 (Baby Ruth).

¹³⁴ Zie voor de uitleg van het begrip 'schade' hoofdstuk 2, par. 2.2.

¹³⁵ Zie voor de definitie van 'complicatie' hoofdstuk 2, par. 2.2.

complicatie van een slagaderlijke bloeding door de arts niet overwogen en maakte hij hiervan geen melding bij de overdracht van de baby aan de verkoe-verkamer. Ook op het moment dat duidelijk werd dat de baby met een inwendige bloeding kampte, meldde de arts niets over zijn ervaring bij het verwijderen van de sheath. Gelet op met name het gebruik van een 8F sheath bij een zuigeling van 7 maanden, het moeizaam verwijderen van de sheath en de na verwijdering geconstateerde braam had de arts de mogelijkheid van deze complicatie naar het oordeel van de rechtbank moeten onderkennen en had hij daarop zijn handelwijze behoren af te stemmen, ten minste door de informatie expliciet aan de verkoeverkamer over te dragen. De arts had dit niet gedaan, hetgeen hem op een straf kwam te staan.¹³⁶ Hoewel deze uitspraak is gedaan in het kader van een strafrechtelijke vervolging, mag worden aangenomen dat zijn handelen een schending van artikel 7:453 BW oplevert.

Een ander voorbeeld betreft het te laat onderkennen van een darmperforatie door de hulpverlener. De Rechtbank Rotterdam was van oordeel dat het aan de ingreep verbonden risico van het toebrengen van perforatieletsel en de ernst van de mogelijke gevolgen indien dat perforatieletsel niet zou worden herkend, meebrachten dat een hoge mate van oplettendheid en zorgvuldigheid van de operateur mocht worden verlangd. Nu door het ziekenhuis geen plausibele verklaring voor het niet onderkennen van de perforatie was verstrekt, achtte de rechtbank de conclusie gerechtvaardigd dat de operateur was tekortgeschoten in de te betrachten zorg.¹³⁷

Een derde voorbeeld betreft het te laat onderkennen van galwegletsel, ontstaan bij het verwijderen van de galblaas van de patiënt. Overwogen werd dat de arts tekortgeschoten was in de nabehandeling door geen aandacht te besteden aan de pijnklachten van de patiënt en zodoende het galwegletsel niet had onderkend.¹³⁸

Een voorbeeld waarbij niet kwam vast te staan dat de complicatie te laat was opgemerkt, betreft een zaak die aan het Gerechtshof 's-Hertogenbosch werd voorgelegd. De patiënt werd geopereerd waarbij een gezwel werd verwijderd en een tijdelijke stoma werd geplaatst. In verband met ernstige klachten van de patiënt vond een tweede operatie plaats. Bij de patiënt werd een naadlekkage

136 Rechtbank Utrecht 30 november 2004, *LJN* AR6673. Zie ook nieuwsbericht Trouw 30 november 2002.

137 Rechtbank Rotterdam 14 maart 2012, *LJN* BV9542.

138 Geschillencommissie Ziekenhuizen 2 april 1997, zaaknr. ZIN96-0006.

aangetroffen. Kort erna overleed de patiënt. Het hof oordeelde dat de maatstaf voor de beoordeling van de vraag of de naadlekkage te laat was onderkend, het optreden van een redelijk bekwaam en redelijk handelend medicus in de situatie van de patiënt van dat moment is, derhalve met de kennis van de omstandigheden zoals die zich toen voordeden. Dat wil zeggen dat niet alleen de symptomen die, achteraf gezien, op naadlekkage (kunnen) wijzen van belang zijn, maar ook de symptomen die daar nu juist niet op wezen. Dat in acht nemende, kon het hof niet vaststellen dat de complicatie te laat was opgemerkt en werd de vordering van de patiënt afgewezen.¹³⁹

Een probleem dat zich bij dit type tekortkomingen voordoet, is dat het in veel gevallen onduidelijk is of bij eerder of nader onderzoek de diagnose daadwerkelijk eerder zou zijn gesteld/de complicatie eerder zou zijn ontdekt en of een eerdere diagnosestelling had geleid tot genezing van de patiënt of een beter resultaat van de behandeling.¹⁴⁰ In hoofdstuk 6 wordt nader op deze problematiek ingegaan.¹⁴¹ Om duidelijkheid te verkrijgen wordt vaak een medisch deskundige benoemd.

Een voorbeeld betreft een uitspraak van de Rechtbank Haarlem. De rechtbank benoemde de deskundige teneinde de vraag te beantwoorden of de slokdarm-perforatie – een complicatie als gevolg van een dilatatie van de slokdarm – eerder gediagnosticeerd had moeten worden en mitsdien of eerder ingegrepen had moeten worden.¹⁴²

Illustratie III Op een onjuiste wijze behandelen

Een volgend type tekortkoming ziet op de uitvoering van de geneeskundige behandeling zelf. Daarbij kan worden gedacht aan het verkeerd uitvoeren van een operatieve ingreep, het amputeren van het verkeerde lichaamsdeel, het toedienen van verkeerde medicatie of een onveilig bloedproduct, het gebruik maken van ongeschikte medische hulpmiddelen (apparatuur en protheses), enzovoort.¹⁴³ De geneeskundige behandeling dient volgens de professionele standaard te worden uitgevoerd. Niet vereist is dat de behandeling per definitie tot genezing leidt, wil het een juiste behandeling zijn. Waartoe de behandeling wel moet leiden, hangt af van het individuele geval, van wat daarover is meegedeeld aan de patiënt en van de verwachtingen die de patiënt uit de informatieverstrekking mocht aflei-

139 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 3 februari 2009, *LJN* BH8603.

140 Zie voor een voorbeeld Rechtbank Arnhem 14 december 2011, *JA* 2012, 55, rov. 4.12.

141 Zie hoofdstuk 6, par. 6.3.2.1.

142 Rechtbank Haarlem 2 april 2008, *LJN* BD5689.

143 Zie hoofdstuk 3, par. 3.4.2 voor een bespreking van enkele minimumeisen van geneeskundig behandelen.

den.¹⁴⁴ Handelde de hulpverlener niet volgens de professionele standaard, dan schendt hij de verplichting van artikel 7:453 BW.

Een van de vele voorbeelden van een *chirurgische behandelfout* betreft de rug-operaties die volgens de ‘Dynesys-methode’ (vervanging van gewrichten door het implantaat genaamd Dynesys) door een orthopedisch chirurg werden verricht.¹⁴⁵ Deze methode werd als omstreden aangemerkt en de vaardigheid van de chirurg werd ‘kwestieus’ geacht. Nader onderzoek naar de behandelingen door deze arts leverde het beeld op van onzorgvuldig uitgevoerde operaties.¹⁴⁶ Een dergelijke handelwijze betekent een schending van artikel 7:453 BW en dus een tekortkoming van de arts. Een ander voorbeeld ziet op een verrichte totaalexirpatie (operatieve ingreep waarbij een lichaamsdeel of een gezwel totaal wordt weggehaald). Ook dit leverde een schending van artikel 7:453 BW op, omdat de totaalexirpatie in het desbetreffende geval niet nodig was geweest.¹⁴⁷ Een voorbeeld van een chirurgische behandelfout betreft ook het achterwege laten van de identificatie van de nervus recurrens (zenuw bij de stemband) bij een schildklieroperatie, waardoor deze zenuw beschadigd raakte en de stemband verlamd werd. Dit was naar het oordeel van het Gerecht in Eerste Aanleg van Aruba een verwijtbare fout, welk oordeel in hoger beroep en in cassatie in stand werd gelaten.¹⁴⁸

Een voorbeeld van een *verwisselingsfout* betreft de amputatie van het verkeerde been van een patiënt in het Zeeuwse Streekziekenhuis Walcheren in Vlissingen.¹⁴⁹

Een voorbeeld van het *toedienen van de verkeerde medicatie* en het *toedienen van een te hoge dosering* betreft een zaak die werd voorgelegd aan de Rechtbank Breda. De rechtbank oordeelde dat de arts ten onrechte Ritrovil in een aanzienlijk verhoogde dosering aan de patiënt had gegeven, waardoor deze woedeaanvallen kreeg. De wijze van toediening leverde een tekortkoming op.¹⁵⁰ Voor

144 Zie par. 4.2.2.2 over de aard van de verplichting van de hulpverlener.

145 Zie voor andere voorbeelden ook R.W.M. Giard, *Aansprakelijkheid van artsen* (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, p. 104-107.

146 RTG Amsterdam 9 maart 2010, *LJN* YG0125. Zie eveneens het onderzoeksrapport van J.W. Zwemmer e.a., Purmerend 8 juli 2010.

147 Rechtbank Amsterdam 17 januari 2007, *LJN* BA1011.

148 HR 11 mei 2001, *LJN* AB1564.

149 Nieuwsbericht Telegraaf 22 januari 2002.

150 Rechtbank Breda 6 september 2006, *JA* 2006, 144. Zie ook Rechtbank 's-Hertogenbosch 21 september 2001, zaaknr. 30702/HA ZA 98-2415 (niet gepubliceerd).

een oordeel over een tekortkoming bij kennis van de onveiligheid of schadelijkheid van het medicijn wordt gewezen op een oordeel van de Rechtbank Arnhem betreffende het langdurige gebruik van het geneesmiddel Mesalazine bij een patiënt die als gevolg daarvan een nierfunctiestoornis ontwikkelde. Wist de arts dat het langdurige gebruik tot nierfunctiestoornissen kon leiden of moest hij dat redelijkerwijs weten, maar bleef hij desondanks de patiënt het medicijn verstrekken, dan levert dit een tekortkoming op.¹⁵¹ De situatie waarin de arts geen kennis droeg van de schadelijkheid van het medicijn maar deze kennis wel had behoren te hebben, wordt dus in gelijke zin beoordeeld.¹⁵²

Een voorbeeld van het *toedienen van een onveilig bloedproduct* betreft het gebruik van het bloedproduct Armour Factorate bij een HIV-patiënt. Gesteld werd dat het product onvoldoende veilig was, maar desondanks door het ziekenhuis was gebruikt. Uit het arrest van het Gerechtshof Leeuwarden valt op te maken dat, zo het ziekenhuis kennis droeg van de onveiligheid van het bloedproduct, maar het bloedproduct desalniettemin gebruikte, het ziekenhuis zich niet als goed hulpverlener heeft gedragen, hetgeen een tekortkoming impliceert.¹⁵³ Een tekortkoming is ook aan de orde wanneer de arts bloed met een verkeerde rhesusfactor toedient.¹⁵⁴

Een voorbeeld van het *gebruik van een ongeschikte medische hulpzaak* betreft het inbrengen van een onjuiste maat knieprothese door de arts, waardoor de patiënt een instabiele knie kreeg. Naar het oordeel van het Gerechtshof Amsterdam mocht van de arts worden verwacht dat hij zich op voorhand realiseerde dat het voor de patiënt van essentieel belang was om een zo passend mogelijke prothese te gebruiken teneinde een zo stabiel mogelijk kniegewricht te verkrijgen. Voorts hadden individuele karakteristieken van de patiënt voor de arts aanleiding moeten zijn om extra oplettendheid en voorzichtigheid te betrachten en elk risico inherent aan het op voorhand schatten van de benodigde prothese maat te vermijden door er op toe te zien dat tijdens de operatie ook de naastgelegen extra grote maat aanwezig was. Door dat na te laten, was de

151 Rechtbank Arnhem 17 mei 2006, zaaknr. 123017/HA ZA 05-179 (niet gepubliceerd). Zie voor een vergelijkbare zaak (een patiënt kreeg een medicijn dat doofheid veroorzaakte) Gerechtshof Amsterdam 18 december 1997, VR 1998, 169.

152 HR 18 september 1998, NJ 1998, 818; HR 8 oktober 2004, NJ 2005, 52 en HR 8 september 2006, NJ 2006, 494.

153 Gerechtshof Leeuwarden, 28 augustus 2002, LJN AF5968, rov. 15. Zie voor de procedure in cassatie HR 28 januari 2005, LJN AR6459.

154 HR 3 november 1995, NJ 1998, 380, met nt. C.J.H. Brunner en HR 19 oktober 2001, NJ 2001, 655.

arts tekortgeschoten.¹⁵⁵ Ook de arts die zijn operatiemateriaal niet onderhoudt, schiet tekort,¹⁵⁶ evenals de arts die een medisch hulpmiddel op onjuiste wijze hanteert.¹⁵⁷ Voorts is van een tekortkoming sprake, indien de arts kennis droeg van de ongeschiktheid van de zaak met mogelijke kans op schade, doch de patiënt daaromtrent niet heeft ingelicht of gewaarschuwd.¹⁵⁸ Of hij het gebrek op een bepaald tijdstip behoorde te kennen, hangt af van de stand van de wetenschap en de publicaties daarover in de jaren voorafgegaan aan het gebruik van de hulpzaak.¹⁵⁹ Van de arts mag onderzoek worden verlangd.¹⁶⁰

Een probleem dat zich bij dit type tekortkomingen voordoet, is de kwalificatie van het handelen als 'fout'. Niet zelden treedt er schade op tijdens of bij de behandeling, maar is de schade het gevolg van een complicatie. Het gevolg 'schade' impliceert niet zonder meer dat de arts of het ziekenhuis een verwijt kan worden gemaakt. Pas als de hulpverlener een verwijt kan worden gemaakt, wordt gesproken van een (medische, beroeps-, of kunst-) fout.¹⁶¹ Waar de patiënt stelt dat een fout is gemaakt, voert de hulpverlener vaak het verweer

155 Gerechtshof Amsterdam 22 juni 2010, *JA* 2011, 1, met nt. R.W.M. Giard. Zie over het gebruik van schadelijke protheses en de aansprakelijkheid van de arts: R.P. Wijne, 'Wie betaalt de schade van de patiënt in geval van een disfunctionerende prothese', *TvGr* 2012, nr. 4, p. 297-311. Zie ook C.J. van Weering en A. Collignon, 'Juridische consequenties van gebrekkige heupimplantaten', *PIV-Bulletin* mei 2012, p. 15-18. Zie voorts artikel 4, vierde lid, Besluit medische hulpmiddelen (Bmh): het is verboden een medisch hulpmiddel toe te passen indien het niet is afgeleverd met inachtneming van een reeks vereisten genoemd in het Bmh, waaronder een conformiteitsbeoordeling.

156 Zie bijvoorbeeld in geval van onvoldoende sterilisatie van operatiemateriaal Rechtbank Arnhem 23 februari 2005, *LJN* AT2447.

157 Zie bijvoorbeeld te grote drukkracht op een 'frees' Gerechtshof Amsterdam 20 december 2011, *LJN* BU9425.

158 Zie Asser-Hijma 5-I* 2007, nr. 450; C.J.J.M. Stolker, 'Aansprakelijkheid voor bloedproducten en bloedtransfusies', *NJB* afl. 19/1995, p. 685-695; R.P. Wijne, 'Hoe het nu (echt) zit met de aansprakelijkheid als de arts of het ziekenhuis als contractspartij van de patiënt gebruik maakt van een ongeschikte hulpzaak', *L&S* 2011, nr. 3, p. 6-17; R.P. Wijne, 'Wie betaalt de schade in geval van een disfunctionerende prothese?', *TvGr* 2012, nr. 4, p. 297-311 en C.J. van Weering en A. Collignon, 'Juridische consequenties van gebrekkige heupimplantaten', *PIV-Bulletin* mei 2012. Een vergelijking kan worden gemaakt met de informatieplicht van de verkoper van een gebrekkige zaak: Parl. Gesch. Boek 7, p. 161. Zie voorts HR 25 maart 2011, *LJN* BP8991. Zie voor een voorbeeld Rechtbank Arnhem 28 juli 2010, *LJN* BN3376 (Miragelplombe) en het vervolg Rechtbank Arnhem 28 november 2012, *LJN* BY6606.

159 Zie bijvoorbeeld Rechtbank Amsterdam 3 februari 1999, *NJ* 1999, 621; Rechtbank Rotterdam 17 maart 2010, *LJN* BL8825; Gerechtshof Leeuwarden 28 februari 2002, *LJN* AF5959; Gerechtshof Leeuwarden 28 februari 2002, *LJN* AF5968; HR 28 januari 2005, *LJN* AR6458; HR 28 januari 2005, *LJN* AR6459; Rechtbank Arnhem 28 juli 2010, *LJN* BN3376. Zie ook R.P. Wijne, 'Wie betaalt de schade in geval van een disfunctionerende protheses?', *TvGr* 2012, nr. 4, p. 297-311.

160 Artikel 4, vierde lid, Bmh verbiedt de toepassing van een medisch hulpmiddel indien het niet is afgeleverd met inachtneming van een reeks vereisten genoemd in het Bmh, waaronder een conformiteitsbeoordeling. De arts zal dit moeten onderzoeken. Zie hiervoor ook B. Sluijters, 'Wetgeving medische hulpmiddelen: een stand van zaken', *TvGr* 2001, nr. 2, p. 57-66.

161 Zie hoofdstuk 2, par. 2.2. Zie voorts I.P. Michiels van Kessenich-Hoogendam, Beroepsfouten, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1995, p. 1. Zie voor voorbeelden T.W.J. Schulpen c.s., 'Complicatie of fout', *MC* 4 november 2005 (60) nr. 44, p. 1751 - 1753.

dat het een complicatie betreft. Wordt dit verweer gevoerd, dan is het aan de patiënt om te bewijzen dat het in zijn geval daadwerkelijk om een fout gaat.¹⁶²

Een voorbeeld van een zaak waarbij de vraag ter discussie stond of het om een complicatie of een fout ging betreft een stembandzenuwbeschadiging bij een schildklieroperatie. De patiënte legde aan haar vordering ten grondslag dat de arts een fout had gemaakt, omdat dissectie van de stembandzenuw niet had plaatsgevonden, met een beschadiging van de zenuw tot gevolg. Het ziekenhuis voerde het verweer dat op zich juist was dat lokalisatie en dissectie van de stembandzenuw geboden was – getuige ook de ‘Handleiding AMC Schildklier’ –, maar dat de beschadiging in dit geval (toch) een complicatie betrof.¹⁶³

Staat eenmaal vast dat het wel om een fout gaat, dan volgt vaak een discussie over het causaal verband tussen het foutieve handelen van de hulpverlener en de schade van de patiënt: was het beloop anders geweest, indien de hulpverlener juist had gehandeld? In hoofdstuk 6 wordt daarop teruggekomen.¹⁶⁴

Illustratie IV Geen dossier bijhouden, het geheim schenden en de privacy niet in acht nemen

Op de hulpverlener rust ingevolge artikel 7:454 BW een dossierplicht, ingevolge artikel 7:457 BW een geheimhoudingsplicht en ingevolge artikel 7:459 BW de plicht om het recht op privéleven van de patiënt in acht te nemen. Het zijn verplichtingen die tijdens de behandeling van de patiënt aan de orde komen.¹⁶⁵ Schendt de hulpverlener één of meerdere van deze verplichtingen, dan schiet hij tekort. Het schenden van de dossierplicht heeft bovendien tot gevolg dat de hulpverlener zich niet toetsbaar kan opstellen, een van de drie doelen van de dossierplicht. Het gevolg daarvan is dat hij in een bewijsrechtelijk nadeel kan komen te verkeren. Bij de bespreking van het bewijs van de tekortkoming wordt nader op deze consequentie ingegaan.¹⁶⁶

¹⁶² Zie par. 4.2.2.1.

¹⁶³ Rechtbank Amsterdam 11 augustus 2010, *LJN* BP0743. Zie ook Gerechtshof Amsterdam 27 december 2011, *LJN* BU9560 (complicatie bij pericardpunctie).

¹⁶⁴ Hoofdstuk 6, par. 6.2.3.1.

¹⁶⁵ Zie hoofdstuk 3, par. 3.4.3-3.4.5.

¹⁶⁶ Zie par. 4.2.2.3.

4.2.2 *Het bewijs van de tekortkoming van de arts of het ziekenhuis*4.2.2.1 **Stelplicht- en bewijslastverdeling**

Ingevolge de hoofdregel van artikel 150 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) rust op de *patiënt* de last te stellen dat de arts of het ziekenhuis is tekortgeschoten.¹⁶⁷ De patiënt beroept zich immers op het rechtsgevolg ‘schadevergoeding’ van de door hem gestelde tekortkoming, waarvoor hij de feiten,¹⁶⁸ en omstandigheden heeft aan te dragen.¹⁶⁹ Meent de hulpverlener dat hij niet is tekortgeschoten, dan dient hij de stelling(en) van de patiënt te betwisten. Daarbij wordt opgemerkt dat op de hulpverlener een verzwaarde motiveringsplicht rust.¹⁷⁰ Betwist de hulpverlener de stelling van de patiënt niet, dan zal de rechter aanstonds uitgaan van de tekortkoming van de hulpverlener en de vordering van de patiënt toewijzen, tenzij de vordering de rechter ongegrond of onrechtmatig voorkomt.¹⁷¹ Meent de arts of het ziekenhuis dat zijn handelen gerechtvaardigd was of dat zich een uitzonderingsgrond op het nakomen van de verplichting voordeed,¹⁷² dan dient de *hulpverlener* ingevolge de hoofdregel van artikel 150 Rv de feiten en omstandigheden daarvoor aan te dragen.¹⁷³ Hij beroept zich in dat geval immers op een rechtsgevolg dat hij verbindt aan door hem gestelde feiten. Voorbeelden zijn een beroep op de aanwezigheid van een noodsituatie waardoor de hulpverlener zonder toestemming mocht ingrijpen, en een beroep op een conflict van plichten waardoor de hulpverlener zijn beroepsgeheim mocht doorbreken.

Wanneer voldoende is gesteld (en betwist), bepaalt artikel 150 Rv niet en behoort tot het oordeel van de lagere rechter.¹⁷⁴ Is naar het oordeel van de rechter voldoende gesteld, maar is (nog) geen oordeel over de tekortkoming mogelijk, omdat de feiten en omstandigheden

167 Artikel 150 Rv is zo geredigeerd dat eruit volgt dat eerst voldoende moet worden gesteld, voordat aan bewijzen kan worden toegekomen. Zie voor een voorbeeld van een afwijzing zonder bewijslevering wegens onvoldoende stellen: Rechtbank Arnhem 14 december 2011, JA 2012, 55, rov. 4.8.

168 ‘Feiten’ betreffen rechtsfeiten, een feit waaraan een rechtsgevolg wordt verbonden. Feiten van algemene bekendheid en algemene ervaringsregels hoeven niet te worden bewezen, aldus artikel 149, tweede lid, Rv. Zie uitvoeriger I. Giesen, *Bewijs en aansprakelijkheid. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de bewijslast, de bewijsvoeringslast, het bewijsrisico en de bewijsrisico-omkering in het aansprakelijkheidsrecht* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, p. 28 e.v. Zie ook W.D.H. Asser, *Bewijslastverdeling*, Deventer: Kluwer 2004, p. 36-37.

169 Vaste jurisprudentie sinds HR 20 november 1987, NJ 1988, 500 met nt. W.L. Haardt (Timmer/Deutman). Zie ook HR 18 februari 1994, NJ 1994, 368 (Schepers/De Bruijn); HR 7 september 2001, NJ 2001, 615; HR 20 april 2007, VR 2007, 133, met nt. G.M. van Wassenae en HR 15 juni 2007, NJ 2007, 335.

170 HR 20 november 1987, NJ 1988, 500, met nt. W.L. Haardt (Timmer/Deutman). Zie nader par. 4.2.2.3 over de verzwaarde motiveringsplicht van de hulpverlener.

171 In geval van verstek, artikel 139 Rv.

172 Zie voor de uitzonderingen op de verschillende verplichtingen van de hulpverlener hoofdstuk 3, par. 3.4.1-3.4.5.

173 Zie over rechtvaardigingsgronden ook par. 4.2.1.1.

174 HR 8 juli 1992, NJ 1992, 713.

nog niet vast staan, dan zal de rechter volgens de hoofdregel van artikel 150 Rv van degene die zich beroept op de rechtsgevolgen van de door hem of haar gestelde feiten bewijs verlangen. Het is dus aan de patiënt om het bewijs te leveren van een tekortkoming van de hulpverlener. Bewijs kan worden geleverd door alle middelen, tenzij de wet anders bepaalt, aldus artikel 152, eerste lid, Rv.¹⁷⁵ De patiënt zal soms gebruik maken van getuigenbewijs, maar veel vaker wordt bewijs geleverd door middel van een bericht van een medisch deskundige. Hoe betrouwbaar het bewijsmiddel is, komt aan de orde bij de bewijswaardering. Waardering van bewijs is aan het oordeel van de rechter overgelaten, tenzij de wet anders bepaalt, aldus artikel 152, tweede lid, Rv.¹⁷⁶ Anders dan het strafrecht kent het civiele recht geen regels over onrechtmatig verkregen bewijs. In zijn algemeenheid kan slechts worden gezegd dat een bewijsmiddel buiten toepassing wordt gelaten, indien sprake is van strijd met een fundamentele regel van procesrecht, zoals artikel 6 EVRM. Een voorbeeld is de opname van een gesprek door de patiënt zonder dat de hulpverlener daar weet van heeft.¹⁷⁷

De Rechtbank Amsterdam achtte een (op eenzijdig verzoek opgesteld) deskundigenbericht dat tot stand is gekomen in strijd met tuchtrechtelijke regels of de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp) niet zonder meer ontoelaatbaar. De patiënte in kwestie stelde zich op het standpunt dat het ziekenhuis zich niet kon beroepen op het advies van de eenzijdig door het ziekenhuis ingeschakelde deskundige nu deze zijn oordeel had gebaseerd op medische informatie die zonder de toestemming van de patiënte aan de deskundige van het ziekenhuis ter hand was gesteld. De rechtbank overwoog dat het enkele feit dat het rapport zonder medeweten en toestemming van de patiënt tot stand was gekomen op zichzelf niet rechtvaardigde dat het ziekenhuis zich in een civiele procedure niet zou mogen beroepen op het rapport van de deskundige. Dit kon evenwel anders zijn ingeval van bijkomende omstandigheden, ten aanzien waarvan de rechtbank voorts overwoog: 'Ook indien juist zou zijn dat het rapport tot stand is gekomen in strijd met tuchtrechtelijke regels of regels uit de Wet bescherming persoonsgegevens (...), is dat op zichzelf onvoldoende om te oordelen dat sprake is van bijkomende omstandigheden. Zou daarover anders worden geoordeeld, dan zou de mogelijkheid voor AVL om zich behoorlijk tegen de vordering van de patiënt te verweren zonder meer ondergeschikt worden gemaakt aan het belang van de patiënt bij handhaving van regels ter bescher-

175 Er bestaat geen hiërarchie tussen de bewijsmiddelen, zij het dat aan bepaalde bewijsmiddelen dwingende bewijskracht toekomt (artikel 151 Rv) en bijvoorbeeld aan de verklaring van een partijgetuige slechts beperkte waarde wordt toegekend (artikel 164 Rv). Zie ook W.D.H. Asser, *Bewijslastverdeling*, Deventer: Kluwer 2004, p. 32 en 33.

176 Zie bijvoorbeeld Gerechtshof 's-Gravenhage 29 november 2011, *LJN* BU6817.

177 W.D.H. Asser, *Rechtspraakoverzicht Bewijslastverdeling*, Deventer: Kluwer 1998, p. 34 en 35.

ming van haar privacy. Aan een dergelijke rangschikking behoort aan de hand van de omstandigheden van het geval een afweging vooraf te gaan van het belang van de patiënt bij bescherming van haar privacy en het belang van AVL om zich behoorlijk tegen de vordering te kunnen verweren. De enkele stelling van de patiënt dat wettelijke en tuchtrechtelijke regels ter bescherming van haar privacy zijn geschonden, acht de rechtbank in dit licht bezien niet toereikend om te kunnen gelden als bijkomende omstandigheden die zouden kunnen meebrengen dat AVL zich in deze procedure niet zou mogen verweren met gebruik van het rapport.¹⁷⁸

Te bewijzen feiten die door de patiënt niet worden bewezen, komen niet vast te staan. Het gevolg is dat de op die feiten gebaseerde stelling – de hulpverlener is tekortgeschoten – niet opgaat.¹⁷⁹ Dit zal leiden tot een afwijzing van de vordering van de patiënt. Evenzo wordt de stelling van de hulpverlener gepasseerd, indien hij geen bewijs levert van het door hem gestelde en door de patiënt betwiste bestaan van een rechtvaardigings- of uitzonderingsgrond. Het hebben van de bewijslast impliceert dus een *bewijsrisico*.¹⁸⁰ Een andere verdeling van bewijslast, bijvoorbeeld om redenen van redelijkheid en billijkheid, vindt alleen bij uitzondering plaats.¹⁸¹

Een voorbeeld daarvan betreft het oordeel van de Rechtbank Utrecht. De rechtbank achtte zodanige omstandigheden aanwezig dat de redelijkheid en billijkheid ertoe dienden te leiden dat het bewijs van de nakoming van een verplichting op de hulpverlener kwam te liggen. De rechtbank overwoog als volgt: ‘Uitgangspunt in zaken als de onderhavige is dat de patiënt dient te bewijzen dat de behandelaar een medische fout heeft gemaakt. In dit geval bestaat evenwel op grond van de redelijkheid en billijkheid aanleiding om een andere bewijslastverdeling toe te passen. Dit oordeel is op het volgende gebaseerd. Het ledigen van de blaas door middel van katheterisatie is een handeling van feitelijke aard die, naar de rechtbank veronderstelt, eenvoudig kan worden waargenomen. De patiënte was in de gegeven omstandigheden niet tot deze waarneming in staat omdat zij zoals blijkt uit de overgelegde stukken onder

178 Rechtbank Amsterdam 9 februari 2011, *LJN* BP4341.

179 Zie voor voorbeelden Rechtbank Noord-Nederland 23 januari 2013, *JA* 2013, 46 en Gerechtshof Amsterdam 12 maart 2013, *LJN* BZ6703.

180 Zie I. Giesen, *Bewijs en aansprakelijkheid. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de bewijslast, de bewijsvoeringslast, het bewijsrisico en de bewijsrisico-omkering in het aansprakelijkheidsrecht* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001 en W.D.H. Asser, *Bewijslastverdeling*, Deventer: Kluwer 2004, p. 53.

181 De hoofdregel is uitgangspunt zo volgt uit HR 20 november 1987, *NJ* 1988, 500, met nt. W.L. Haardt (Timmer/Deutman); HR 18 februari 1994, *NJ* 1994, 368 (Schepers/De Bruijn); HR 7 september 2001, *NJ* 2001, 615; HR 20 april 2007, *VR* 2007, 133, met nt. G.M. van Wassenaeer en HR 15 juni 2007, *NJ* 2007, 335.

narcose verkeerde. Voorts is van belang dat uit de overgelegde stukken niet blijkt dat een dergelijke handeling is verricht. Nu geen vastlegging heeft plaatsgevonden terwijl het, naar tussen partijen vaststaat, een essentiële handeling betreft bij een operatie als de onderhavige, ligt het op de weg van het UMCU om te bewijzen dat direct voorafgaand aan de operatie bij patiënte op 22 december 1999 bij haar een blaaskatheterisatie heeft plaatsgevonden. De rechtbank zal het UMCU thans opdragen dit te bewijzen.¹⁸²

Meer voorkomend is dat de rechter uit feiten en omstandigheden – bijvoorbeeld de aard van de gezondheidsschade of een reconstructie van de toedracht – afleidt dat de tekortkoming van de hulpverlener voorshands bewezen is.¹⁸³ Acht de rechter een tekortkoming voorshands bewezen, dan is het aan de hulpverlener om tegenbewijs te leveren. Tegenbewijs leveren houdt in dat het reeds geleverde bewijs ontzenuwd wordt.¹⁸⁴ Het aanbod tot het leveren van tegenbewijs behoeft niet te zijn gespecificeerd.¹⁸⁵

Een voorbeeld van het aannemen van een bewijsvermoeden betreft een vonnis van de Rechtbank Zutphen. De patiënt had vaatletsel opgelopen, doch de toedracht ervan stond niet vast, waardoor niet kon worden vastgesteld dat de arts onjuist had gehandeld. Het feit echter dat zich vaatletsel had voorgedaan, was voor de rechtbank reden om uit te gaan van het vermoeden dat de bij de behandeling gebruikte ‘Veressnaald’ niet juist was ingebracht. Het ziekenhuis werd toegelaten tot het leveren van tegenbewijs.¹⁸⁶

Een ander voorbeeld van het aannemen van een bewijsvermoeden is te vinden in een vonnis van de Rechtbank Amsterdam. De patiënt in kwestie had haar vordering onderbouwd met een deskundigenbericht. De deskundige had zijn oordeel dat sprake was van een fout van de chirurg – gelegen in het onzorgvuldig hanteren van de Giglizaag – gebaseerd op een reconstructie van de operatie; de toedracht stond namelijk niet vast. De rechtbank oordeelde dat het aan het ziekenhuis was om nadere informatie te verschaffen over de toedracht, indien

182 Rechtbank Utrecht 31 mei 2006, zaaknr. 200393/HA ZA 05-1808 (niet gepubliceerd).

183 Zie bijvoorbeeld Rechtbank Zutphen 29 januari 2003, *LJN* AF4658, evenals Gerechtshof 's-Hertogenbosch 23 september 2008 en 14 juli 2009, *L&S* 2009, 178, met nt. A. Vogelzang.

184 Zie onder meer HR 9 januari 1999, *NJ* 1999, 413, met nt. H.J. Snijders; HR 2 mei 2003, *NJ* 2003, 468; HR 19 maart 2004, *NJ* 2004, 307, met nt. W.D.H. Asser (Seresta-arrest); HR 9 juli 2004, *NJ* 2005, 78; HR 22 december 2009, *JBPr* 2010, 25, met nt. H.L.G. Wieten; HR 29 april 2011, *LJN* BP9860; Gerechtshof 's-Hertogenbosch 10 maart 2009, *L&S* 2009, 112, met nt. A.J. Van en Gerechtshof 's-Gravenhage 28 april 2009, *LJN* BI4768, rov. 9 en 10.

185 HR 9 januari 1998, *NJ* 1999, 413, met nt. H.J. Snijders; HR 30 januari 2004, *NJ* 2004, 197; HR 9 juli 2004, *NJ* 2005, 78; HR 22 december 2009, *JBPr* 2010, 25, met nt. H.L.G. Wieten en HR 29 april 2011, *LJN* BP9860.

186 Rechtbank Zutphen 29 januari 2003 en 16 juli 2003, *NP* mei 2006.

zij de toedracht die de deskundige had gereconstrueerd, wenste te ontzenuwen. Nu het ziekenhuis dit vooralsnog niet had gedaan, achtte de rechtbank behoudens tegenbewijs bewezen dat de arts niet had gedaan wat redelijkerwijs van hem mocht worden verlangd.¹⁸⁷

Een derde voorbeeld betreft van een bewijsvermoeden betreft het oordeel van het Gerechtshof Leeuwarden. Het hof achtte voorshands bewezen dat het ziekenhuis en de gynaecoloog bij de bevalling van de patiënt niet de zorgvuldigheid hadden betracht die onder de gegeven omstandigheden mocht worden verwacht. Waar de begeleiding tijdens de ontsluitingsfase van de risicobevalling geheel en al aan het verplegend personeel was overgelaten, terwijl er geen continue CTG-registratie was gemaakt tijdens de bevalling, had er onvoldoende bewaking plaatsgevonden waardoor er niet tijdig kon worden ingegrepen. Het ziekenhuis en de gynaecoloog kregen de gelegenheid tegenbewijs te leveren.¹⁸⁸

Komt de tekortkoming vast te staan, dan leidt dit in beginsel tot een toewijzing van de vordering van de patiënt tot vergoeding van zijn schade. Desalniettemin wordt de hulpverlener ingevolge artikel 6:74 BW van zijn schadevergoedingsplicht bevrijd wanneer de tekortkoming hem niet kan worden toegerekend.¹⁸⁹ Het is de hulpverlener op wie de stelplicht en bewijslast rust van de afwezigheid van een toerekeningsgrond; het is een bevrijdend verweer.

4.2.2.2 Een mogelijk probleem bij het leveren van het bewijs van de tekortkoming: de aard van de verbintenis

De verplichting tot geneeskundige behandeling kenmerkt zich in het gros van de gevallen door het leveren van een inspanning; van de hulpverlener mag 'slechts' worden verwacht dat hij zich naar vermogen inspent om de patiënt te genezen of om erger te voorkomen. Het is echter niet eenvoudig om feiten en omstandigheden aan te voeren, waaruit kan worden afgeleid dat de inspanning niet is geleverd.¹⁹⁰ Een inspanning is weinig concreet en de patiënt ontbeert veelal de kennis over de wijze waarop de inspanning onder normale omstandigheden moet worden geleverd. Het uitblijven van een resultaat is eenvoudiger aan te tonen, waarmee ook een tekortkoming eenvoudiger te bewijzen is, doch een contractuele verplichting daartoe komt aanzienlijk minder vaak voor. Het garanderen van een bepaald vooraf besproken resultaat lijkt gezien de complexiteit van het menselijk lichaam

¹⁸⁷ Rechtbank Amsterdam 7 januari 2009, *LJN* BH1287, rov. 4.11.

¹⁸⁸ Gerechtshof Leeuwarden 22 juni 2010, *JA* 2011, 2.

¹⁸⁹ Zie par. 4.2.3 over de toerekening van de tekortkoming.

¹⁹⁰ Zie ook I.P. Michiels van Kessenich-Hoogendam, Beroepsfouten, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 10.

ondoenlijk; de uitkomst van de behandeling hangt onder meer af van de conditie van de patiënt.¹⁹¹

De Rechtbank Alkmaar bijvoorbeeld overwoog: ‘De verbintenissen die voor een arts voortvloeien uit een geneeskundige behandelingsovereenkomst worden veelal aangemerkt als zogenaemde inspanningsverbintenissen. De ratio hiervoor is dat het bij een geneeskundige behandeling meestal niet mogelijk is een bepaald resultaat te garanderen omdat het menselijk lichaam in het (genezings)proces een ongewisse factor vormt; zelfs bij onberispelijk medisch handelen kan het beoogde resultaat uitblijven.’¹⁹²

Een ander voorbeeld betreft een uitspraak van de Rechtbank Dordrecht. De rechtbank oordeelde dat het bewerkstelligen van een sterilisatieingreep een inspanningsverplichting is: ‘Ten aanzien van het betoog van [patiënte] dat haar zwangerschap na de sterilisatie, zonder meer leidt tot aansprakelijkheid, wordt overwogen dat de behandelingsovereenkomst inzake de sterilisatie geen resultaatverbintenis is maar een inspanningsverbintenis. Uit de stellingen van beide partijen volgt dat zwangerschap ook na een foutloze sterilisatie mogelijk is. Van aansprakelijkheid van Rivas kan pas sprake zijn indien komt vast te staan dat [de arts] een fout heeft gemaakt bij de sterilisatie.’¹⁹³

Toch zijn er omstandigheden waaronder de hulpverlener de patiënt een (vooraf bepaald) resultaat moet garanderen. Zo een omstandigheid doet zich voor wanneer de hulpverlener en de patiënt bij het aangaan van de geneeskundige behandelingsovereenkomst (ondubbelzinnig) de bedoeling hadden dat de hulpverlener voor een bepaald resultaat diende in te staan, in landen waar de *common law* wordt aangehangen aangeduid met de term ‘*implied warranty*’.¹⁹⁴ Als voorbeeld kan worden gedacht aan de verplichting om het juiste

191 Zie ook I.P. Michiels van Kessenich-Hoogendam, *Beroepsfouten*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 9.

192 Rechtbank Alkmaar 11 februari 2004, *NJ* 2004, 205, rov. 5.5.

193 Rechtbank Dordrecht 31 maart 2010, *LJN* BM0264. Zie ook Gerechtshof 's-Gravenhage 25 maart 1998, *NJ* 1999, 500. Zie over de soort verbintenis in het kader van sterilisatie ook C.J.J.M. Stolker, *Aansprakelijkheid van de arts – In het bijzonder voor mislukte sterilisaties* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1988, p. 84-87.

194 Zie in die in ook H.J.J. Leenen, J.C.J. Dute en W.R. Kastelein, *Handboek Gezondheidsrecht, Deel II*, Houten: Bohn Stafleu van Loghum, vijfde geheel herziene druk, 2008, p. 407; M.J.J. de Ridder, ‘Kroniek rechtspraak civiel recht’, *TvGr* 2011 nr. (35) 8, p. 680 en D.S. Rambocus, *Medisch-Juridische causaliteit* (diss. Utrecht), Utrecht 1999, p. 190 en 191, met verwijzing naar T. Vansweevelt, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis* (diss. Antwerpen), Antwerpen: Maklu 1991, p. 123. Zie voor een voorbeeld Rechtbank Alkmaar 11 februari 2004, *NJ* 2004, 205, rov. 5.8.

lichaamsdeel te behandelen.¹⁹⁵ Is het rechterbeen van de patiënt 'ziek', dan zal de patiënt de bedoeling hebben het rechterbeen te laten behandelen en mag van de hulpverlener worden verwacht dat hij het rechterbeen behandelt en niet het linkerbeen. Deze (onuitgesproken) verwachting is inherent aan de behandeling en staat los van een eventuele reactie van het menselijk lichaam daarop. Uit de rechtspraak kan worden afgeleid dat de eenvoud van de te verrichten handeling ook een factor kan zijn, die een resultaatsverplichting doet vermoeden; naarmate de geneeskundige behandeling eenvoudiger is, zou mogelijk sneller mogen worden aangenomen dat het de bedoeling van partijen was om van een bepaald resultaat uit te gaan. Daarbij wordt mede in aanmerking genomen de mate van waarschijnlijkheid dat de handeling, mits goed uitgevoerd, tot het beoogde resultaat leidt en, zo lees ik de rechtspraak, kennelijk de invloed van het menselijk lichaam nihil of zeer gering is. Die mate mag worden gedestilleerd uit de mededelingen daaromtrent van de hulpverlener aan de patiënt.

Een en ander kan worden gedestilleerd uit de overwegingen van de Rechtbank Alkmaar in een zaak waar het het inbrengen van een staafje met het anticonceptiemiddel Implanon betrof. De rechtbank overwoog in het kader van de vraag of de hulpverlener voor een bepaald resultaat had in te staan, dat onder meer betekenis moest worden toegekend aan de mate van gecompliceerdheid van de te verrichten handeling. De patiënt in kwestie mocht ervan uitgaan dat het staafje zou worden ingebracht, nu het een eenvoudige handeling betrof en de kans op mislukken niet met de patiënt was besproken, zo concludeerde de rechtbank. De Rechtbank Alkmaar gebruikte de volgende overwegingen: '5.5. De verbintenissen die voor een arts voortvloeien uit de geneeskundige behandelingsovereenkomst worden veelal aangemerkt als zogenaamde inspanningsverbintenissen. De ratio hiervoor is dat het bij een geneeskundige behandeling meestal niet mogelijk is een bepaald resultaat te garanderen omdat het menselijk lichaam in het (genezings)proces een ongewisse factor vormt; zelfs bij onberispelijk medisch handelen kan het beoogde resultaat uitblijven. 5.6 Dit uitgangspunt laat onverlet dat in sommige gevallen ook bij een geneeskundige behandelingsovereenkomst sprake kan zijn van een zogenaamde resultaatsverbintenis. Die situatie doet zich voor indien partijen bij het aangaan van de overeenkomst de bedoeling hebben gehad dat de hulpverlener voor een bepaald en duidelijk omschreven resultaat diende in te staan, dan wel dit geacht moet worden te zijn overeengekomen gelet op hetgeen partijen bij het aangaan van de overeen-

195 Zie eveneens D.S. Rambocus, *Medisch-Juridische causaliteit* (diss. Utrecht), Utrecht 1999, p. 191 en I.P. Michiels van Kessenich-Hoogendam, *Beroepsfouten*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 9. Zie voor een voorbeeld MT 's-Gravenhage 2 november 1983, *TvGr* 1984, nr. 253.

komst jegens elkaar hebben verklaard, de betekenis die zij in de gegeven omstandigheden over en weer aan het verklaarde mochten toekennen en hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. (...) 5.8 Bij de beantwoording van deze vraag komt onder meer betekenis toe aan de mate van gecompliceerdheid van de te verrichten handelingen. (...) Voorts komt betekenis toe aan de mate van waarschijnlijkheid dat de te verrichten handelingen, mits goed uitgevoerd, tot het beoogde resultaat leiden. Met betrekking tot die factor gaat het er dan in dit kader om van welke mate eiseres mocht uitgaan, waarbij mede betekenis toekomt aan hetgeen door [de] huisarts tijdens het consult (...) omtrent de kans van slagen al dan niet is meegedeeld.¹⁹⁶ Het Gerechtshof Amsterdam, dat in hoger beroep over deze zaak oordeelde, heeft in zijn arrest geen expliciete uitspraak gedaan over de soort verbintenis, maar heeft het oordeel van de rechtbank dat het staafje in elk geval ingebracht had moeten zijn, bevestigd.¹⁹⁷ In cassatie is een en ander niet meer aan de orde gekomen.¹⁹⁸

4.2.2.3 Een mogelijk probleem bij het leveren van het bewijs van de tekortkoming: onwetendheid van de patiënt

De patiënt is doorgaans onwetend over de wijze waarop behandeling bij hem heeft plaatsgevonden. Hij was bijvoorbeeld onder narcose of te ziek om welbewust de omgeving en de behandeling door de hulpverlener in zich op te nemen. Er ontstaat vervolgens een situatie waarin de onwetende patiënt stellingen moet poneren en bij betwisting deze stellingen moet bewijzen, wat hem gezien zijn uitgangspositie niet of nauwelijks zal lukken, terwijl de hulpverlener die alle wetenschap heeft, door te zwijgen zichzelf een riant bewijspositie zou kunnen verschaffen. Deze consequentie is onrechtvaardig geacht,¹⁹⁹ reden waarom op de hulpverlener een ‘verzwaarde motiveringsplicht’ rust. Zij houdt de verplichting in om voldoende feitelijke gegevens te verstrekken ter motivering van de betwisting van de stellingen van de patiënt teneinde deze aanknopingspunten voor eventuele bewijslevering te verschaffen.²⁰⁰ De verzwaarde motiveringsplicht sluit aan bij de bedoeling van onder meer de artikelen 21, 22, 88 en 843a Rv. Zij sluit eveneens aan bij de jurisprudentie van het EHRM in het kader van artikel 8 EVRM: als beweerdelijk medisch

196 Rechtbank Alkmaar 11 februari 2004, *NJ* 2004, 205, rov. 5.8. Zie voor een voorbeeld van een *eenvoudig te controleren* handeling met vergelijkbare overwegingen Gerechtshof Amsterdam 18 januari 2007, *NJF* 2007, 224.

197 Gerechtshof Amsterdam 24 januari 2008, *LJN* BC9815.

198 HR 24 december 2010, *LJN* BO4579.

199 Zie W.D.H. Asser, *Bewijslastverdeling*, Deventer: Kluwer 2004, p. 116 en zijn conclusie bij HR 10 januari 1997, *NJ* 1999, 286, met nt. W.M. Kleijn.

200 Zie bijvoorbeeld ook HR 17 november 2000, *NJ* 2001, 596, met nt. W.D.H. Asser en HR 27 april 2007, *LJN* AZ6717.

onzorgvuldig handelen centraal staat moet een patiënt ‘*the relevant evidence*’ in de vorm van het medisch dossier kunnen krijgen.²⁰¹ Opgemerkt wordt dat de verzwaarde motiveringsplicht uitsluitend dient tot het verzachten van het bewijsrisico van – in dit geval – de patiënt. Een verlegging van de bewijslast vindt niet plaats en het komt dan ook onjuist voor de verzwaarde motiveringsplicht onder de uitzonderingsregel van artikel 150 Rv te scharen.²⁰²

De verzwaarde motiveringsplicht van de hulpverlener werd door de Hoge Raad geformuleerd in het Timmer/Deutman-arrest. Patiënt Timmer werd op 27 september 1978 door orthopaedisch chirurg Deutman geopereerd aan haar rechterheup, waarbij een volledige heupprothese werd aangebracht. Bij de operatie werd de hoofdstam van de rechter nervus ischiadicus beschadigd, waardoor volledige verlamming van alle spieren van het rechter onderbeen optrad, gepaard gaande met volledige gevoelloosheid van de rechtersvoetzool, -voorvoet en -tenen. De patiënt vorderde schadevergoeding van de chirurg, stellende dat de beschadiging te wijten was aan een medische kunstfout van de chirurg. De Hoge Raad overwoog ten aanzien van de stelplicht als volgt (rov. 3.4): ‘Onderdeel I berust op de stelling dat wanneer een arts, aangesproken tot vergoeding van schade als gevolg van een door hem verrichte operatie, betwist dat hij bij de operatie een kunstfout heeft gemaakt, de bewijslast niet op de patiënt maar op de arts rust. Deze stelling kan in haar algemeenheid niet als juist worden aanvaard. Hetzelfde geldt in het mede door het onderdeel genoemde geval dat vaststaat dat de oorzaak een kunstfout kan zijn. Wel kan van de arts worden verlangd dat hij voldoende feitelijke gegevens verstrekt ter motivering van zijn betwisting van de stellingen van de patiënt ten einde deze aanknopingspunten voor eventuele bewijislevering te verschaffen.’²⁰³

Uit de jurisprudentie kan worden opgemaakt dat de hulpverlener in het kader van zijn verzwaarde motiveringsplicht zo nauwkeurig mogelijk zijn lezing dient te geven van hetgeen tijdens de medische behandeling is voorgevallen.²⁰⁴ Of de lezing nauwkeurig genoeg is, is

201 EHRM 28 april 2009, zaaknr. 32881/04, par. 65 (K.H. e.a./Slowakije).

202 Zie ook I. Giesen, *Bewijs en aansprakelijkheid. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de bewijslast, de bewijsvoeringslast, het bewijsrisico en de bewijsrisico-omkering in het aansprakelijkheidsrecht* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001.

203 HR 20 november 1987, NJ 1988, 500, met nt. W.L. Haardt (Timmer/Deutman). Zie ook HR 18 februari 1994, NJ 1994, 368 (Schepers/De Bruijn); HR 7 september 2001, NJ 2001, 615; HR 20 april 2007, VR 2007, 133, met nt. G.M. van Wassenauer en HR 15 juni 2007, NJ 2007, 335.

204 HR 7 september 2001, NJ 2001, 615. Zie ook Rechtbank Zwolle-Lelystad 14 juli 2004, LJN AR3130 en Rechtbank 's-Hertogenbosch 10 november 2004, LJN BQ3245.

voorbehouden aan de feitenrechter.²⁰⁵ De rechtspraak op dit punt toont dat de hulpverlener in elk geval zijn stelling over hetgeen tijdens de behandeling is voorgevallen, moet adstrueren. De enkele stelling van de hulpverlener dat hij 'het altijd zo doet', is bijvoorbeeld onvoldoende. Dit is (alleen) anders in het geval een handeling inherent is aan een methode.

Een voorbeeld van een lezing die onvoldoende was betreft een patiënte die stelde dat haar niet het advies was gegeven gedurende een periode van drie maanden na de operatie geen seksuele contacten te hebben. Zij leed schade door het uitblijven van het advies. De hulpverlener stelde het advies wel te hebben gegeven. Het was een dermate stringent advies dat dit nooit vergeten werd, zo gaf de hulpverlener aan. Het hof achtte de stelling van de hulpverlener onvoldoende geadstrueerd en belastte hem daarom met het bewijs dat hij het advies inderdaad had gegeven. Dit oordeel gaf volgens de Hoge Raad geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en was niet onbegrijpelijk in het licht van de omstandigheid dat de hulpverlener in zijn geciteerde brief zelf zijn stelling dat hij het advies wel had gegeven, in wezen slechts grondde op de ervaringsregel dat dit altijd gebeurde en nooit vergeten werd, omdat dit advies zo stringent is.²⁰⁶

Een voorbeeld van een lezing die – in het kader van de verzwaarde motiveringsplicht van het ziekenhuis – voldoende was, omdat de in geding zijnde handeling inherent was aan een bepaalde verrichting betreft een zaak waarin het ziekenhuis zich tegen de stelling van de patiënt verweerde door te betogen dat de wondspreider tijdens de operatie enige keren opnieuw was ingesteld. Het ziekenhuis wees er op dat aan de Wertheim-Okabayashi methode inherent is dat de bladen regelmatig opnieuw worden ingesteld.²⁰⁷

Uit de jurisprudentie kan voorts worden opgemaakt dat de hulpverlener in het kader van zijn verzwaarde motiveringsplicht de gegevens dient te verschaffen waarover hij als arts de beschikking heeft.²⁰⁸ Hierbij moet met name worden gedacht aan het patiëntendossier.²⁰⁹ De heersende lijn in de jurisprudentie is dat de MIP-melding niet zonder meer ter

205 HR 7 september 2001, *NJ* 2001, 615.

206 HR 18 februari 1994, *NJ* 1995, 368 (Schepers/De Bruijn). Zie voor een voorbeeld ook Rechtbank 's-Gravenhage 6 oktober 2009, *LJN* BK0176 (zij het met overigens niet volledig juiste overwegingen) en Rechtbank 's-Gravenhage 31 december 2008, *LJN* BG9127.

207 HR 15 mei 2009, *RvdW* 2009, 633.

208 HR 7 september 2001, *NJ* 2001, 615. Zie ook Rechtbank Zwolle-Lelystad 14 juli 2004, *LJN* AR3130 en Rechtbank 's-Hertogenbosch 10 november 2004, *LJN* BQ3245.

209 Zie hoofdstuk 3, par. 3.4.3 over het patiëntendossier. Zie voor een voorbeeld Rechtbank Arnhem 2 maart 2011, *LJN* BP6939.

beschikking hoeft te worden gesteld, zulks gezien het belang van de hulpverlener bij het veilig melden en de waarborg van de anonimiteit van de melder.²¹⁰ Wel zal onder omstandigheden het feitenrelaas dat in het kader van het intern onderzoek naar aanleiding van een MIP-melding is opgemaakt, door de hulpverlener moeten worden overgelegd.²¹¹

De consequentie van bovenstaande vereisten is dat het niet nader adstrueren en/of het niet goed bijhouden van een patiëntendossier er in beginsel toe kan leiden dat de hulpverlener niet in staat is te voldoen aan de op hem rustende verzwaarde motiveringsplicht.²¹² Heeft de hulpverlener niet aan zijn verzwaarde motiveringsplicht voldaan, dan is het aan de rechter die over de feiten oordeelt, welke sanctie hij in de gegeven omstandigheden passend acht. Naast het als vaststaand aannemen van de stellingen van de patiënt, dan wel de stellingen voorshands behoudens tegenbewijs bewezen achten, staat het de feitenrechter vrij de bewijslast op de hulpverlener te leggen.²¹³

Een voorbeeld van het aannemen van een bewijsvermoeden van een tekortkoming na het niet voldaan zijn aan de verzwaarde motiveringsplicht betreft de zaak waarin het handelen van een hulpverlener rondom het inbrengen bij een kind van een nasofaryngeale tube (NPT) centraal stond. Na het inbrengen van de NPT kwam er bloed en vocht uit één of beide neusgaten van het kind, hetgeen de hele nacht aanhield en stopte in de middag van de volgende dag. Op een CT-scan werden bij kind in de linkerhersenhelft drie grote steekletsels in de hersenen vastgesteld. De ouders stelden dat de hulpverlener tekort was geschoten wegens onder meer het onjuist inbrengen van de NPT. Het feit dat de hulpverlener niet had genoteerd in welke positie en hoe diep de NPT was ingebracht, bracht de Rechtbank Rotterdam tot het oordeel dat de hulpverlener niet aan zijn verzwaarde motiveringsplicht had voldaan. Gezien de omstandigheden van het geval mocht van de hulpverlener verwacht worden dat voor het verwijderen van de NPT zou zijn geregistreerd in welke positie en hoe diep de NPT was ingebracht. Het niet noteren van dit gegeven was, in het licht van

210 Zie ook hoofdstuk 3, par. 3.4.1 (de patiënt hoeft niet te worden geïnformeerd over de MIP-melding) en par. 3.4.3 (geen inzage in verband met het belang van de hulpverlener bij het veilig kunnen melden). Zie voor een voorbeeld Gerechtshof Leeuwarden 28 februari 2007, *NJ* 2009, 199 en Gerechtshof Leeuwarden 9 december 2008, *NJ* 2009, 200. Zie over het inzien van en de beschikking hebben over medische informatie ook hoofdstuk 8, par. 8.2.5.

211 Zie voor een voorbeeld Rechtbank Zwolle-Lelystad 20 december 2007, *JA* 2008, 24. Zie voor een bespreking van deze zaak ook J. Meyst-Michels, 'Kroniek medische aansprakelijkheid', *AV&S* 2011, nr. 1, p. 22-39. Zie anders Gerechtshof Leeuwarden 28 februari 2007, *NJ* 2009, 199.

212 Zie bijvoorbeeld Rechtbank 's-Hertogenbosch 10 november 2004, *LJN* BQ3245 (niet voldaan). Zie bijvoorbeeld ook Rechtbank Dordrecht 19 januari 2011, *LJN* BP1520 (wel voldaan).

213 HR 15 december 2006, *NJ* 2007, 203, met nt. M.R. Mok. Zie eerder ook HR 18 februari 1994, *NJ* 1994, 368 (Scheepers/De Bruijn). Zie eveneens W.D.H. Asser, *Bewijslastverdeling*, Deventer: Kluwer 2004, p. 116-117.

artikel 7:454 BW, een omissie die tot het oordeel leidde dat de hulpverlener niet had voldaan aan de verzwaarde motiveringsplicht. De rechtbank zag daarin aanleiding voor het vermoeden, dat een fout was gemaakt bij het inbrengen van de NPT.²¹⁴

Een voorbeeld van een omkering van de bewijslast als sanctie op het niet voldaan zijn aan de verzwaarde motiveringsplicht betreft een oordeel van de Rechtbank Zwolle-Lelystad. De rechtbank zag in het feit dat het ziekenhuis geen nauwkeurig operatieverslag beschikbaar kon stellen reden om niet de patiënt maar het ziekenhuis te belasten met het bewijs van zijn stellingen over het ontstaan van de perforatie. Dat het ziekenhuis in de gedingstukken wel een gedetailleerde lezing had gegeven van hetgeen tijdens de operatie was voorgevallen, leidde niet tot een ander oordeel.²¹⁵ De Rechtbank 's-Hertogenbosch kwam tot een vergelijkbaar oordeel in een zaak waarin de hulpverlener geen patiëntenkaart of ander verslag kon overleggen waaruit de gemaakte afspraken en de verstrekte adviezen konden worden afgeleid.²¹⁶

Een sanctie blijft evenwel uit, indien het ontbreken van een vereist gegeven niet aan de hulpverlener kan worden toegerekend. Wanneer hiervan sprake is, is aan het oordeel van de feitenrechter. Uit de jurisprudentie kan worden afgeleid dat de tijd die is verstreken tussen de vermeende tekortkoming en de datum van aansprakelijkstelling een rol speelt.²¹⁷ Hoe langer de verstreken periode hoe minder snel het toerekenbaar wordt geacht dat een gegeven is komen te ontbreken. Voorts speelt een rol of al dan niet is gebleken van een verplichting tot verslaglegging op het betreffende punt.²¹⁸ Niet elke handeling in het patiëntendossier hoeft te zijn vermeld. Of een bepaalde handeling in het patiëntendossier moet zijn vermeld, hangt mede af van hetgeen daarover binnen de beroepsgroep als standaard wordt gezien.²¹⁹ In het geval gegevens *verloren* zijn gegaan, is evenzeer doorslaggevend of het verlies van gegevens aan de hulpverlener valt toe te rekenen.²²⁰

Als voorbeeld van de afwezigheid van toerekenbaarheid kan worden gedacht aan de mogelijkheid dat de patiënt eerst om afschrift van zijn patiëntendossier verzoekt en vervolgens ingevolge artikel 7:455 BW om vernietiging van het origineel vraagt. Komt het tot

214 Rechtbank Rotterdam 28 november 2007, *LJN* BD7445.

215 Rechtbank Zwolle-Lelystad 14 juli 2004, *LJN* AR3130. Zie ook Rechtbank Zwolle-Lelystad 16 februari 2005, *LJN* AS9828.

216 Rechtbank 's-Hertogenbosch 10 november 2004, *LJN* BQ3245.

217 HR 7 september 2001, *NJ* 2001, 615, rov. 3.5.

218 HR 7 september 2001, *NJ* 2001, 615, rov. 3.5.

219 HR 15 juni 2007, *NJ* 2007, 335. Zie voor een voorbeeld Rechtbank Arnhem 2 maart 2011, *LJN* BP6939, evenals Rechtbank Arnhem 14 december 2011, *JA* 2012, 55.

220 HR 7 september 2001, *NJ* 2001, 615, rov. 3.5.

een procedure, dan zal de hulpverlener niet kunnen worden verweten dat deze geen bescheiden kan overleggen. Aan de verzwaarde stelplicht heeft hij dan reeds voldaan in het stadium van afgifte van het patiëntendossier. Wel toerekenbaar is het verlies van gegevens, indien de hulpverlener er – ondanks dat vernietiging was toegestaan – rekening mee had moeten houden dat de gegevens van belang konden zijn voor de beslechting van een geschil.

De afwezigheid van gegevens werd toerekenbaar geacht in bijvoorbeeld het volgende geval. Bij een patiënt was vastgesteld dat er sprake was van een bacteriële infectie in het oog. De patiënt stelde dat dit was veroorzaakt door onvoldoende gesteriliseerd materiaal waarvoor zij het ziekenhuis aansprakelijk achtte. Het ingeschakelde bureau TNO achtte aannemelijk dat de apparatuur niet volgens de vereisten was gesteriliseerd. Een probleem was dat de sterilisatiegegevens waren vernietigd, hetgeen ingevolge het Besluit Gesteriliseerde hulpmiddelen is toegestaan na zes maanden. Doordat het ziekenhuis deze gegevens niet kon overleggen, had het niet voldoende gegevens verschaft ter motivering van de betwisting van de stelling van de patiënt dat gebruik was gemaakt van onvoldoende gesteriliseerde instrumenten teneinde haar aanknopingspunten voor eventuele bewijslevering te verschaffen. De Rechtbank Arnhem achtte doorslaggevend dat uit het medisch dossier van de patiënt bleek van een post-operatieve endophthalmitis (infectie, als gevolg van bacteriën, waardoor een ontsteking in het inwendige van de oogbol kan ontstaan). Op grond daarvan moest het aan het ziekenhuis duidelijk zijn geweest dat de sterilisatiegegevens van belang zouden kunnen zijn en had het ziekenhuis de gegevens moeten bewaren.²²¹

De afwezigheid van gegevens werd niet toerekenbaar geacht in het geval van de vernietiging van gegevens na het verstrijken van de (toen nog) wettelijke bewaartermijn van tien jaren over de breuk van de linkerarm van de patiënt.²²² Pas na het verstrijken van die termijn werd de arts aansprakelijk gesteld.²²³

Voorts kan de hulpverlener het ontbreken van een gegeven ‘repareren’ door een aanvullende verklaring in het geding te brengen waaruit de gang van zaken tijdens de medische behandeling blijkt.

²²¹ Rechtbank Arnhem 22 maart 2006, *LJN* AW2865.

²²² Thans is de bewaartermijn vijftien jaar, zie voor afwijkende termijnen hoofdstuk 3, par. 3.4.3.

²²³ Gerechtshof 's-Hertogenbosch 23 september 2008, *JA* 2009, 29. Zie anders: Gerechtshof Amsterdam 28 april 1994, *TvGr* 1994, nr. 61.

Aanvullende verklaringen stonden ter discussie in twee door de Hoge Raad in 2007 gewezen arresten.²²⁴ In het eerste arrest was het de vraag of de later afgelegde verklaring van de gynaecoloog dat een controle van de Filshieclips (sterilisatiemethode) had plaatsgevonden, terwijl dit niet in het medisch dossier stond vermeld, voldoende was om te oordelen dat aan de verzwaarde motiveringsplicht was voldaan. Het hof in kwestie had deze vraag bevestigend beantwoord. Tegen dat oordeel hadden eisers klachten geformuleerd. De Hoge Raad overwoog vervolgens als volgt: ‘De klachten van het onderdeel kunnen niet slagen. De verplichting van het ziekenhuis om eisers voldoende feitelijke gegevens te verschaffen ter motivering van zijn betwisting van de stellingen van eisers teneinde deze aanknopingspunten te verschaffen voor eventuele bewijslevering, impliceert niet dat het ziekenhuis bewijs diende te leveren van de feiten die het heeft gesteld ter betwisting van de stellingen van eisers. Op het ziekenhuis rustte immers (vooralsnog) geen bewijslast ten aanzien van zijn verweer. Het hof heeft dan ook niet de juistheid of geloofwaardigheid beoordeeld van de door het ziekenhuis in dit verband verschaft feitelijke gegevens en de in dat verband overgelegde bewijsmiddelen, zoals de verklaring van de gynaecoloog. Het behoeft dat ook niet omdat, anders dan het onderdeel kennelijk tot uitgangspunt neemt, die beoordeling eerst aan de orde zou zijn bij de waardering van het eventueel over en weer geleverde bewijs. Het hof heeft dan ook terecht enkel de vraag beantwoord of de door het ziekenhuis verschaft feitelijke gegevens voldoende ter zake dienend en concreet waren om eisers aanknopingspunten voor hun eventuele bewijslevering te verschaffen, in die zin dat eisers door die gegevens in staat werden gesteld te beoordelen op welk punt zij hun eventuele bewijslevering zouden hebben te richten.’²²⁵

In de casus die aan het tweede arrest ten grondslag lag, had het hof, in het kader van de beoordeling of de arts voldaan had aan diens verzwaarde motiveringsplicht, meegewogen dat de arts en het ziekenhuis in hun verweer hadden beschreven wat de gang van zaken bij de operatie was geweest. De Hoge Raad keurde dit goed: ‘Kennelijk achtte het hof dan ook de door verweerders op dit punt verschaft gegevens voldoende ter zake dienend en concreet om eisers aanknopingspunten voor eventuele bewijslevering te verschaffen, in die zin dat deze door die gegevens in staat werd gesteld te beoordelen op welk punt zij haar eventuele bewijslevering zou hebben te richten (vgl. HR 20 april 2007,

224 HR 20 april 2007, VR 2007, 133, met nt. G.M. van Wassenauer en HR 15 juni 2007, NJ 2007, 335. Zie voor rechtspraak van de feitenrechter ook Rechtbank Arnhem 2 maart 2011, LJN BP6939, rov. 4.4 en Rechtbank Maastricht 5 september 2012, LJN BY3180.

225 HR 20 april 2007, VR 2007, 133, met nt. G.M. van Wassenauer, rov. 3.4.1. en 3.4.2.

nr. C06/016, *LJN* BA1093). Aldus heeft het hof niet miskend wat de genoemde verplichting in een zaak als deze inhoudt.²²⁶

Het is echter een misvatting dat met het overleggen van een verklaring elk gebrek in een dossier kan worden gerepareerd, nu de verklaring in de bewijswaarderingsfase alsnog als ongeloofwaardig of tegenstrijdig terzijde kan worden geschoven. Het waarden van het bewijs gebeurt door de feitenrechter.

Een voorbeeld waarin de verklaring terzijde werd geschoven betreft een oordeel van de Rechtbank Zwolle. De rechtbank zag in het feit dat het ziekenhuis geen nauwkeurig operatieverslag beschikbaar kon stellen reden om niet de patiënt, maar het ziekenhuis te belasten met het bewijs van stellingen over het ontstaan van een perforatie. Dat het ziekenhuis in de gedingstukken wel een gedetailleerde lezing had gegeven van hetgeen tijdens de operatie was voorgevallen, leidde niet tot een ander oordeel. Deze lezing werd jaren na de operatie gegeven en was niet gebaseerd op een schriftelijk stuk van kort na de operatie. Aan de lezing van het ziekenhuis over de gang van zaken tijdens de operatie kwam zonder een deugdelijk verslag van de operatie geen doorslaggevende betekenis toe, aldus de rechtbank.²²⁷

Een ander voorbeeld betreft de casus voorgelegd aan de Rechtbank 's-Gravenhage. De rechtbank hechtte geen waarde aan de verklaring van de arts als getuige omtrent de anamnese en het onderzoek nu niet aannemelijk was dat de arts met een patiëntenbestand in 1998 van circa 2800 zich na vijf jaar nog precies wist te herinneren welke kenmerken een huidafwijking heeft gehad die hij zelf in het medisch dossier geduid had als (slechts een) goedaardige wrat, zonder daarbij de verschillende kenmerken van de huidafwijking te noteren.²²⁸

Een laatste voorbeeld betreft een zaak waarin de aangesproken neuroloog in de procedure een aanvullende verklaring overlegde, maar de rechtbank de verklaring tegenstrijdig met het andere bewijs achtte. De rechtbank viel terug op het (te) summiere onderzoeksverslag als bewijs en ging er daarom vanuit dat het onderzoek van de patiënt onvolledig was geweest.²²⁹

²²⁶ HR 15 juni 2007, *NJ* 2007, 335, rov. 4.4.

²²⁷ Rechtbank Zwolle-Lelystad 14 juli 2004, *LJN* AR3130. In gelijke zin overwoog de Rechtbank 's-Hertogenbosch 10 november 2004, *LJN* BQ3245.

²²⁸ Rechtbank 's-Gravenhage 31 december 2008, *LJN* BG9127, rov. 2.11.

²²⁹ Rechtbank Maastricht 5 september 2012, *LJN* BY3180.

4.2.2.4 Het deskundigenbericht als bewijsmiddel

Een gestelde tekortkoming dient de patiënt, bij betwisting, te bewijzen. Het leveren van het bewijs van de tekortkoming is echter niet eenvoudig, zo bleek. In kwesties betreffende de aansprakelijkheid van de hulpverlener wordt daarom veel gebruik gemaakt van het deskundigenbericht als bewijsmiddel.²³⁰ Een medisch deskundige wordt immers geacht over de noodzakelijke kennis te beschikken op het terrein van de geneeskundige behandeling en zal de patiënt met name kunnen inlichten over de wijze waarop de beroepsgroep pleegt te handelen bij de voorliggende geneeskundige behandeling, kortweg de medisch professionele standaard. Ook ligt het op het deskundigheidsterrein van de medisch deskundige om het medisch dossier van de patiënt te lezen, inzicht te geven in hetgeen is voorgevallen, of handelingen conform de medisch professionele standaard zijn genoteerd, enzovoorts.

De patiënt staan drie mogelijkheden ter beschikking om een deskundigenbericht als bewijsmiddel te verkrijgen. Ten eerste kan hij in een bodemprocedure de rechter verzoeken om over te gaan tot benoeming van een deskundige. Artikel 194, eerste lid, Rv bepaalt dat de rechter op verzoek van een partij of ambtshalve een bericht of verhoor van een deskundige kan bevelen. Er kleeft echter een (groot) nadeel aan bewijslevering via deze weg, gelegen in de discretionaire bevoegdheid van de rechter om gehoor te geven aan het verzoek om een deskundigenbericht.²³¹ Een verzoek van de patiënt tot benoeming van een deskundige mag bijvoorbeeld worden gepasseerd, omdat het deskundigenbericht onvoldoende zal kunnen bijdragen aan de beslissing van de zaak.²³² Ten tweede kan de patiënt de rechter verzoeken om het verhoor van een deskundige te bevelen. Deze mogelijkheid is neergelegd in artikel 202 Rv. Ten derde kan de patiënt zonder tussenkomst van de rechter, doch eventueel in overleg met de (beroeps)aansprakelijkheidsverzekeraar van de hulpverlener, besluiten om een deskundige te verzoeken om een bericht op te stellen.²³³ De niet door de rechter benoemde deskundige kan op grond van artikel 200 Rv door de rechter worden gehoord.²³⁴

230 Zie voor een voorbeeld van de expliciete overweging dat het deskundigenbericht is ingebracht als bewijsmiddel en van belang is voor de stelplicht Gerechtshof Leeuwarden 6 juli 2010, *L&S* 2010, 135.

231 Zie onder meer HR 3 februari 1967, *NJ* 1968, 32, met nt. D.J. Veegens; HR 16 april 1982, *NJ* 1982, 560; HR 28 januari 1983, *NJ* 1983, 481; HR 16 april 1999, *NJ* 1999, 597, met nt. P. Clausing; HR 8 oktober 2004, *NJ* 2006, 478, met nt. J. Hijma; HR 11 maart 2005, *LJN* AR6199; HR 13 januari 2006, *LJN* AU3256; HR 11 juli 2008, *NJ* 2008, 401; HR 13 juli 2007, *LJN* BA4200 en HR 22 oktober 2010, *LJN* BN6121. Zie voor een voorbeeld van de feitenrechter Gerechtshof 's-Hertogenbosch 2 november 2010, *LJN* BO3220. Zie ook EHRM 5 juli 2007, *NJ* 2010, 323, met nt. E.A. Alkema.

232 HR 1 juli 1988, *NJ* 1988, 1035. Zie voor voorbeelden Gerechtshof Arnhem 13 januari 2004, *LJN* AP0214 en Gerechtshof Arnhem 19 augustus 2008, *LJN* BE9077.

233 Dit deskundigenbericht is niet bindend, zie bijvoorbeeld Rechtbank Amsterdam 7 januari 2009, *LJN* BH1287 en Rechtbank Amsterdam 14 april 2010, *LJN* BN0327.

234 Op de procedurele aspecten wordt ingegaan in hoofdstuk 8, par. 8.3.3.

Met het deskundigenbericht zal de patiënt de rechter trachten te overtuigen van de tekortkoming van de hulpverlener. De hulpverlener zal op zijn beurt verweer voeren tegen het deskundigenbericht. De waardering van het deskundigenbericht is echter aan de rechter, zo bepaalt artikel 152, tweede lid, Rv.²³⁵ Het antwoord op de vraag wanneer de rechter een deskundigenbericht overneemt en hem de overtuiging levert van de stelling van de patiënt dat de hulpverlener is tekortgeschoten, hangt af van de wijze waarop het tot stand is gekomen;²³⁶ een deskundigenbericht dat procedurele gebreken vertoont, zal aan bewijswaarde inboeten,²³⁷ tenzij gelegenheid is geboden tot herstel van het gebrek.²³⁸ Een deskundigenbericht bijvoorbeeld dat via de weg van artikel 194 Rv of artikel 202 Rv tot stand is gekomen, voldoet (doorgaans) aan de wettelijke vereisten waaronder de eis van hoor en wederhoor,²³⁹ en wordt door de rechter slechts terzijde gelegd, indien er zwaarwegende of klemmende bezwaren en steekhoudende argumenten tegenin worden gebracht door één of beide partijen.²⁴⁰ Ook voor een deskundigenbericht dat buiten rechte tot stand is gekomen, geldt dat het inachtnemen van de procedurele regels sneller tot de overtuiging leidt dan een bericht dat niet aan die eisen voldoet.²⁴¹ Om deze reden zal een buitengerechtelijk deskundigenbericht dat tot stand is gekomen met instemming van beide partijen doorgaans eerder tot overtuiging leiden dan een eenzijdig tot stand gekomen advies van een partijdeskundige;²⁴² gebruikelijk is immers dat partijen in zo een geval van elkaars standpunt en opmerkingen kennis nemen en dus het beginsel van hoor- en wederhoor toepassen. Dit betekent overigens niet dat het bericht van een partijdeskundige per definitie onbruikbaar is en geen waarde heeft. Het vormt hoe dan ook een stuk van

235 HR 13 januari 1995, *NJ* 1997, 175, met nt. C.J.H. Brunner; HR 5 december 2003, *NJ* 2004, 74 en HR 15 mei 2009, *LJN* BH3148. Zie voor een voorbeeld Gerechtshof 's-Gravenhage 29 november 2011, *LJN* BU6817.

236 Zie voor een voorbeeld Rechtbank 's-Hertogenbosch 25 juni 2005, *LJN* BQ3252; Rechtbank 's-Hertogenbosch 28 februari 2007, *LJN* BQ3259 en Rechtbank 's-Hertogenbosch 1 augustus 2007, *LJN* BQ3276.

237 Het deskundigenbericht zal niet 'buiten toepassing' kunnen worden gelaten, zie ook de noot van G. de Groot bij Rechtbank Alkmaar 17 februari 2010, *JA* 2010, 55.

238 Zie daarvoor hoofdstuk 8, par. 8.3.3.1.

239 Zie daarvoor hoofdstuk 8, par. 8.3.2.1 en par. 8.3.3.1.

240 Zie voor een voorbeeld van zwaarwegende bezwaren Rechtbank Amsterdam 9 maart 2011, *LJN* BQ1743 en Rechtbank Amsterdam 22 juni 2005, *LJN* AT9554. Zie voor een voorbeeld van onvoldoende zwaarwegende bezwaren Rechtbank Rotterdam 16 maart 2011, *LJN* BQ7053 en Rechtbank Amsterdam 9 januari 2013, *LJN* BZ5540.

241 Zie bijvoorbeeld HR 19 oktober 2007, *LJN* BB5172. Zie ook Gerechtshof 's-Hertogenbosch 25 maart 1999, *VR* 1999, 181; Rechtbank Alkmaar 26 september 2002, *LJN* AE8549; Rechtbank Zwolle-Lelystad 17 mei 2006, *LJN* BA8548; Rechtbank Amsterdam 29 augustus 2007, *LJN* BB4557; Rechtbank Amsterdam 7 januari 2009, *LJN* BH1287; Rechtbank Utrecht 27 december 2010, *LJN* BP3878; Rechtbank Amsterdam 20 januari 2011, *LJN* BQ1537 en Rechtbank Rotterdam 8 april 2011, *LJN* BQ1679.

242 Zie voor een voorbeeld Rechtbank Amsterdam 7 januari 2009, *LJN* BH1287.

bewijs,²⁴³ en kan bijvoorbeeld worden gebruikt ter bestrijding van het deskundigenbericht dat eerder op gezamenlijk verzoek door partijen tot stand is gekomen.²⁴⁴

De Rechtbank Zwolle-Lelystad bijvoorbeeld oordeelde over de waarde van een partijrapport als volgt: ‘Voorop staat dat de rapportage van een deskundige in beginsel tot bewijs kan dienen, ook al zou deze rapportage anders dan op de voet van de artikelen 194 – 199 of 202 – 207 Rv tot stand zijn gekomen. Dat is ook het geval wanneer het een eenzijdige, in de zin van niet in onderling overleg tussen partijen tot stand gekomen, rapportage zou zijn. Naar vaste rechtspraak staat immers de waarde die aan de inhoud van een deskundigenbericht kan worden toegekend ter discretie van de feitenrechter. Er kan derhalve niet op voorhand worden geoordeeld dat de waarde van een eenzijdige rapportage gering of zelfs nihil is. De waarde van een dergelijke rapportage is in een dergelijk geval afhankelijk van diverse factoren, waaronder:

- de vraag of de andere partij invloed heeft gehad op de keuze van de deskundige en, zo niet, of de deskundigheid van de opsteller van de partijrapportage door de andere partij in twijfel is getrokken;
- de vraag of de andere partij invloed heeft gehad op de vraagstelling en, zo niet, of de andere partij met de vraagstelling kan instemmen;
- de vraag of de vraagstelling aan de deskundige adequaat was;
- de vraag of de andere partij de gelegenheid heeft gehad om zijn zienswijze (en eventuele vragen en opmerkingen) aan de deskundige kenbaar te maken;
- de vraag of de deskundige heeft kunnen beschikken over alle relevante informatie;
- de vraag of en in hoeverre de andere partij met het rapport van de deskundige kan instemmen.’²⁴⁵

Liggen er twee of meer tegenstrijdige deskundigenberichten voor, dan zal de inhoud ervan sterker gaan wegen. Het antwoord op de vraag wanneer de rechter een deskundigenbericht overneemt en hem de overtuiging levert van de stelling van de patiënt dat de hulpverlener is tekortgeschoten hangt immers voorts af van de mate waarin het oordeel van de deskun-

243 Zie bijvoorbeeld Gerechtshof Leeuwarden 3 november 2004, *LJN* AR5199; Rechtbank ’s-Gravenhage 1 november 2000, zaaknr. 116210/HA ZA 99/0811, rov. 9 (niet gepubliceerd); Rechtbank Zwolle-Lelystad 17 mei 2006, *LJN* BA8548; Rechtbank Zwolle-Lelystad 25 november 2009, *LJN* BL3705 en Rechtbank Amsterdam 9 februari 2011, *LJN* BP4341.

244 Zie bijvoorbeeld Rechtbank ’s-Hertogenbosch 1 december 2004, *LJN* BG3280; Rechtbank ’s-Hertogenbosch 28 februari 2007, *LJN* BQ3259; Rechtbank ’s-Hertogenbosch 1 augustus 2007, *LJN* BQ3276 en Rechtbank Amsterdam 7 januari 2009, *LJN* BH1287.

245 Rechtbank Zwolle-Lelystad 17 mei 2006, *LJN* BA8548.

dige gemotiveerd is, inzichtelijk is en consistent is.²⁴⁶ Een deskundigenbericht dient ook volledig, begrijpelijk en logisch te zijn.²⁴⁷ Dit betekent dat op inzichtelijke en consistente wijze moet worden uiteengezet op welke gronden de deskundige zijn conclusie doet steunen. Die gronden moeten op hun beurt voldoende steun vinden in de feiten, omstandigheden en bevindingen, hetgeen vermeld moet zijn in het bericht.²⁴⁸ De conclusie die vervolgens wordt getrokken, moet te rechtvaardigen zijn.²⁴⁹ Een deskundigenbericht dat inhoudelijke gebreken vertoont, zal aan bewijswaarde inboeten,²⁵⁰ tenzij gelegenheid is geboden tot herstel van het gebrek.²⁵¹ Wat de deskundige in medische aansprakelijkheidskwesties betreft, is bovendien van belang dat de uitspraken van de deskundige slechts die zaken mogen betreffen waarover hij op basis van zijn actuele kennis van de medische wetenschap of op basis van zijn kennis van de stand van de wetenschap ten tijde van de medische ingreep en op grond van algemeen aanvaarde inzichten en opvattingen op zijn vakgebied iets kan zeggen. Hij is aldus op zijn beurt gebonden aan de op zijn vakgebied geldende professionele standaard.²⁵² De medisch deskundige dient zich te onthouden van uitspraken die buiten zijn vakgebied of competentie vallen.²⁵³

De rechter zal zijn oordeel over het deskundigenbericht moeten motiveren, al is die verplichting een beperkte.²⁵⁴ Hoe ver de motivering moet strekken, hangt af van de aard en mate van precisering van de door partijen tegen het deskundigenbericht aangevoerde bezwaren.²⁵⁵ Het maakt daarbij niet uit of het deskundigenbericht al dan niet wordt gevolgd.²⁵⁶ Dit betekent dat de rechter niet hoeft te motiveren waarom hij overtuigd is van

246 Zie voor een voorbeeld Rechtbank 's-Hertogenbosch 25 juni 2005, *LJN* BQ3252; Rechtbank 's-Hertogenbosch 28 februari 2007, *LJN* BQ3259 en Rechtbank 's-Hertogenbosch 1 augustus 2007, *LJN* BQ3276.

247 Zie G. de Groot, Het deskundigenbericht in de civiele procedure (diss. VU Amsterdam), Deventer: Kluwer 2008, p. 402. Zie voor een voorbeeld van rapport dat niet aan de eisen voldeed Rechtbank Amsterdam 20 januari 2011, *LJN* BQ1537 en Rechtbank Amsterdam 9 maart 2011, *LJN* BQ1743.

248 EHRM 7 juni 2011, zaaknr. 11385/05 (Baldovin/Roemenië).

249 Zie voor een voorbeeld waarbij de inhoudelijke waarde van het deskundigenbericht uitvoerig aan bod kwam Gerechtshof Leeuwarden 6 juli 2010, *L&S* 2010, 135.

250 Het deskundigenbericht zal niet 'buiten toepassing' kunnen worden gelaten, zie ook de noot van G. de Groot bij Rechtbank Alkmaar 17 februari 2010, *JA* 2010, 55.

251 Zie daarover nader hoofdstuk 8, par. 8.3.3.1.

252 Zie bijvoorbeeld CTG 7 juni 2001, *TvGr* 2001, nr. 61.

253 Gerechtshof Arnhem 12 september 2006, *LJN* AY9481. Zie ook in de tuchtrechtspraak CTG 4 september 2007, zaaknr. 2006/147; CTG 7 april 2009, zaaknr. 2008/123; CTG 12 mei 2009, zaaknr. 2008/157, CTG 1 september 2009, zaaknr. 2008/015 en CTG 12 januari 2010, zaaknr. 2008/266. Zie voorts KNMG, Richtlijn medisch specialistische rapportage, 2008.

254 HR 15 mei 2009, *RvdW* 2009, 633.

255 Zie bijvoorbeeld Rechtbank 's-Hertogenbosch 1 december 2004, *LJN* BQ3280 (patiënt moet meer doen dan niet onderbouwd betwisten).

256 Zie uitvoeriger op dit punt G. de Groot, Het deskundigenbericht in de civiele procedure (diss. VU Amsterdam), Deventer: Kluwer 2008, p. 419-422. Zie ook HR 15 mei 2009, *RvdW* 2009, 633.

de juistheid van een niet weersproken deskundigenbericht,²⁵⁷ maar bijvoorbeeld wel moet motiveren waarom hij een bezwaar van de hulpverlener tegen de conclusie van de deskundige verwerpt,²⁵⁸ en bijvoorbeeld ook niet voorbij mag gaan aan een partijdeskundigenbericht van de hulpverlener. De rechter moet motiveren of dat bericht aanleiding geeft tot overname of verwerping van het oorspronkelijke deskundigenbericht.²⁵⁹

Dat de rechter niet zomaar voorbij kan gaan aan een partijrapport blijkt bijvoorbeeld uit het arrest van de Hoge Raad aangaande een beschadiging van een stembandzenuw. De Hoge Raad was van oordeel dat het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba zonder deugdelijke motivering voorbij was gegaan aan het partijrapport dat de chirurg had overgelegd en waaruit kon blijken dat de chirurg niet een tekortkoming kon worden verweten.²⁶⁰

Het betekent ook dat, indien de patiënt of de hulpverlener tegenbewijs aanbiedt van feitelijke vaststellingen in een deskundigenbericht, de rechter een dergelijk aanbod niet kan passeren louter door aan te geven dat hij het bericht overtuigend vindt: hij dient de desbetreffende partij gelegenheid te bieden om tegenbewijs te leveren.²⁶¹ In cassatie kan worden opgekomen tegen de begrijpelijkheid van het oordeel van de rechter op het punt van de motivering.²⁶²

Voor een voorbeeld betreffende de motiveringsplicht wordt gewezen op een zaak waarbij het handelen van een kinderarts ten aanzien van een baby centraal stond. Bij deze baby werd 23 uur na de geboorte glucose geprikt, omdat hij zo hilde. Die waarde bleek marginaal, waarop de kinderarts een beleid inzette, inhoudende het toedienen van glucosewater na elke borstvoeding. De kinderarts liet echter na te controleren of dit effect had. Bij de baby trad twee dagen later een hersenbeschadiging op. Uit een via een voorlopig deskundigenbericht verkregen deskundigenbericht en twee (partij)deskundigenberichten van het ziekenhuis bleek dat er bij deze baby geen aanleiding was om meteen na de

257 HR 27 mei 1970, *NJ* 1972, 302; HR 11 mei 1990, *NJ* 1990, 530; HR 25 november 1994, *NJ* 1995, 154 en HR 31 oktober 1997, *NJ* 1998, 98. Zie voor een voorbeeld uit de lagere rechtspraak Rechtbank 's-Hertogenbosch 1 december 2004, *LJN* BQ3280.

258 HR 5 december 2003, *NJ* 2004, 74.

259 HR 25 november 1994, *NJ* 1995, 154. Zie bijvoorbeeld Gerechtshof 's-Hertogenbosch 11 december 2012, *LJN* BY5921; Rechtbank 's-Hertogenbosch 28 februari 2007, *LJN* BQ3259 en Rechtbank 's-Hertogenbosch 1 augustus 2007, *LJN* BQ3276.

260 HR 11 mei 2001, *LJN* AB1564 (nervus recurrens-arrest). Zie voor een ander voorbeeld in een medische zaak HR 3 mei 2013, *LJN* BZ1468.

261 HR 12 mei 2000, *NJ* 2000, 440. Zie voor een voorbeeld uit de lagere rechtspraak Rechtbank 's-Hertogenbosch 1 augustus 2007, *LJN* BQ3276.

262 HR 5 december 2003, *NJ* 2004, 74. Zie voor een voorbeeld HR 15 mei 2009, *RvdW* 2009, 633.

geboorte bloedsuikers te prikken en ook dat er op dat punt in 1996 geen consensus was. Voorts bleek eruit dat een lage bloedsuikerwaarde gevaarlijk is en dat de gemeten waarde inderdaad marginaal was. De in het voorlopig deskundigenbericht rapporterende deskundige gaf voorts aan dat het niet meer dan gebruikelijk en logisch was dat de arts vervolgens enige tijd later controleert of het beleid effect heeft. Het hof dat over de zaak oordeelde volgde dat laatste standpunt echter niet en zocht aanknoping bij de rapportages van de partijdeskundigen door te oordelen dat controle destijds niet nodig was, althans dat er geen consensus bestond op dit punt. De Hoge Raad liet dit oordeel in stand. Over de motiveringsplicht ten aanzien van de te volgen conclusies van een deskundige overwoog hij als volgt: 'Vooropgesteld moet worden dat voor de rechter een beperkte motiveringsplicht geldt ten aanzien van zijn beslissing om de bevindingen van deskundigen al dan niet te volgen. Wel dient hij bij de beantwoording van de vraag of hij de conclusies waartoe een deskundige in zijn rapport is gekomen in zijn beslissing zal volgen, alle terzake door partijen aangevoerde feiten en omstandigheden in aanmerking te nemen en op basis van die aangevoerde stellingen in volle omvang te toetsen of aanleiding bestaat van de in het rapport geformuleerde conclusies af te wijken. Ingeval partijen, door zich te beroepen op de uiteenlopende zienswijzen van de door haar geraadpleegde deskundigen, voldoende gemotiveerde standpunten hebben ingenomen en voldoende duidelijk hebben aangegeven waarom zij het oordeel van een door de rechter benoemde deskundige al dan niet aanvaardbaar achten, geldt het volgende. Indien de rechter in een geval waarin de opinie van andere, door een der partijen geraadpleegde, deskundigen op gespannen voet staat met die van de door de rechter benoemde deskundige, de zienswijze van deze deskundige volgt, zal de rechter zijn beslissing in het algemeen niet verder behoeven te motiveren dan door aan te geven dat de door deze deskundige gebezigde motivering hem overtuigend voorkomt. Wel zal de rechter op specifieke bezwaren van partijen tegen de zienswijze van de door hem aangewezen deskundige moeten ingaan, als deze bezwaren een voldoende gemotiveerde betwisting inhouden van de juistheid van deze zienswijze. Volgt de rechter echter de zienswijze van de door hem benoemde deskundige niet, dan gelden in beginsel de gewone motiveringseisen en dient hij zijn oordeel dan ook van een zodanige motivering te voorzien, dat deze voldoende inzicht geeft in de daaraan ten grondslag liggende gedachtegang om deze zowel voor partijen als

voor derden, daaronder begrepen de hogere rechter, controleerbaar en aanvaardbaar te maken.²⁶³

Tot slot wordt opgemerkt dat het niet de medisch deskundige is die bepaalt of de hulpverlener is tekortgeschoten of niet.²⁶⁴ De medisch deskundige heeft vooral het gebruik van de beroepsgroep voor ogen – dit is zijn deskundigengebeid – en dient partijen daarover in te lichten door dit in zijn bericht te verwoorden, maar het gebruik is voor het juridisch oordeel niet louter maatgevend. Reeds opgemerkt is dat de invulling van de professionele standaard wordt begrensd door het oordeel van de rechter aan wie het handelen van de hulpverlener wordt voorgelegd en dat het oordeel over de vraag of de hulpverlener heeft gehandeld als een redelijk bekwaam hulpverlener voorbehouden is aan de rechter.²⁶⁵ De rechter bepaalt dus of de hulpverlener is tekortgeschoten.²⁶⁶ Dit betekent dat wanneer de deskundige zelf in zijn bericht oordeelt dat de hulpverlener in kwestie ten opzichte van de patiënt is tekortgeschoten (of juist niet), het de rechter vrij staat om van het oordeel van de deskundige af te wijken.²⁶⁷ Sommige rechters zijn daarbij zeer kritisch en stellen het oordeel van de deskundige terzijde, omdat bijvoorbeeld het normatieve oordeel over de bekwaamheid van de hulpverlener niet strookt met de in het deskundigenbericht omschreven feitelijk

263 HR 9 december 2011, *LJN* BT2921, rov. 3.4.5. Zie ook HR 5 december 2003, *NJ* 2004, 74; HR 19 oktober 2007, *LJN* BB5172 en HR 8 juli 2011, *LJN* BQ3519.

264 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 10 maart 2009, *L&S* 2009, 112, met nt. A.J. Van; Gerechtshof Amsterdam 24 maart 2009, zaaknr. 106.007.506/01 (niet gepubliceerd); Rechtbank Rotterdam 28 november 2007, *LJN* BD7445; Rechtbank Rotterdam 23 november 2011, *LJN* BU9541 en Rechtbank Rotterdam 14 maart 2012, *LJN* BV9542. Hetzelfde is te zien binnen de kaders van het strafrecht. Van de deskundige zal niet mogen worden verlangd zich uit te laten over de schuldvraag, noch over de vraag of de hulpverlener zich gerechtvaardigd heeft kunnen beroepen op de aanwezigheid van een noodtoestand. Dit ligt niet op zijn weg, maar op die van de rechter; die oordeelt of de hulpverlener voldaan heeft aan de professionele (medisch ethische) standaard: HR 27 november 1984, *NJ* 1985, 106, met nt. Th.W. van Veen; HR 21 oktober 1986, *NJ* 1987, 607, met nt. G.E. Mulder; HR 21 juni 1994, *NJ* 1994, 656, met nt. T.M. Schalken; HR 5 december 1995, *NJ* 1996, 322, met nt. A.C. 't Hart en HR 24 december 2002, *NJ* 2003, 167, met nt. T.M. Schalken.

265 Zie par. 4.2.1.4.

266 Zie in dezelfde zin H.J.J. Leenen, J.C.J. Dute en W.R. Kastelein, *Handboek gezondheidsrecht*, Deel II, Houten: Bohn Stafleu van Loghum, vijfde geheel herziene druk, 2008, p. 24; T. Vansweevelt, de civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis (diss. Antwerpen), Antwerpen: Maklu, derde druk 1997, p. 149; B.P. Dekker en M.H. Hartman, 'Dan gaat de rechter op de stoel van de dokter zitten, over de vraagstelling en de rol van de deskundige in medische aansprakelijkheidszaken', *L&S* 2006, nr. 4, p. 6-10 en voorts M.H. Hartman en B.P. Dekker, 'De rolverdeling tussen rechter en medische deskundige, Reactie op Kroniek medische aansprakelijkheid', *AV&S* 2008, nr. 2, p. 91-92. Zie ook de noot van J. Simons onder Gerechtshof 's-Hertogenbosch 20 juli 2010 in *JA* 2010, 131.

267 Rechtbank Utrecht 10 november 1999, *NP* 2000, 2; Rechtbank Amsterdam 16 december 1999, *NP* 2000, 2; Gerechtshof Amsterdam, 24 augustus 2006, *NP* 2006, 11; Rechtbank Utrecht 22 november 2006, *L&S* 2006, 261; Rechtbank Arnhem 12 december 2007, *LJN* BC0644; Rechtbank Amsterdam 6 maart 2008, *NP* 2008, 4; Rechtbank Rotterdam 30 juli 2008, *LJN* BD9572; Rechtbank Amsterdam 25 september 2008, *LJN* BH2346; Rechtbank Arnhem 30 oktober 2008, zaaknr. 1723S8/HA RK 08-1999, gepubliceerd PIV Kennisnet; Rechtbank Amsterdam 7 mei 2009, zaaknr. 411386/HA RK 08-744 (niet gepubliceerd) en Gerechtshof Leeuwarden 25 juni 2009, *JA* 2011, 3, met nt. L.G.J. Hendrix.

verrichte uitvoering.²⁶⁸ Dit gebeurt echter niet altijd. Partijen moeten dan met deugdelijke argumenten komen om de rechter ervan te weerhouden normatieve conclusies van een door de rechter benoemde onafhankelijke deskundige te volgen. Dit leidt niet zelden tot fricties – of zelfs tot het verhaal van schade vertragende (extra) procedures – over de vraagstelling aan de deskundige, welke vraagstelling immers in grote mate leidend is voor de formulering van het oordeel door de deskundige. In hoofdstuk 8 wordt nader op deze problematiek ingegaan evenals op de kosten van het deskundigenbericht.²⁶⁹

4.2.3 Toerekening van de tekortkoming

4.2.3.1 Schuld, verkeersopvattingen en wet

Schendt de arts of het ziekenhuis als contractspartij van de patiënt een van zijn verplichtingen uit hoofde van de behandelingsovereenkomst, dan dient de arts of het ziekenhuis – al naar gelang wie contractspartij is – in beginsel de schade van de patiënt te vergoeden.²⁷⁰ Deze regel lijdt uitzondering, indien de arts of het ziekenhuis er in slaagt feiten en omstandigheden aan te dragen waaruit kan worden geconcludeerd dat de tekortkoming hem niet behoort te worden toegerekend. In artikel 6:74 BW is immers bepaald dat iedere tekortkoming in de nakoming van een verbintenis, de schuldenaar verplicht de schade die de schuldeiser daardoor lijdt, te vergoeden, *tenzij de tekortkoming de schuldenaar niet kan worden toegerekend*.

Het slot van artikel 6:74 BW is uitgewerkt in artikel 6:75 BW. Het artikel bepaalt dat een tekortkoming de schuldenaar niet kan worden toegerekend, indien zij niet te wijten is aan zijn schuld, noch krachtens de wet, rechtshandeling of in het verkeer geldende opvattingen voor zijn risico komt. Toerekening krachtens schuld of verkeersopvattingen – denk aan ervaring of ziekte – impliceert aansprakelijkheid voor eigen handelen. De arts of het ziekenhuis ontkomt dus aansprakelijkheid voor eigen handelen wanneer schuld of toerekening krachtens verkeersopvatting ontbreekt.²⁷¹ Toerekening krachtens de wet geschiedt op grond van artikel 6:74 BW in samenhang gelezen met artikel 6:76 BW of artikel 6:77 BW. Artsen en ziekenhuizen maken bij de uitvoering van geneeskundige behandelingen gebruik van de hulp van (andere) artsen, van de hulp van assistenten en van medische hulpzaken. Is de tekortkoming van de hulpverlener het gevolg van een tekortkoming van de assistent of het gebruik van een ongeschikte medische hulpzaak, dan is van schuld van de hulpver-

268 Rechtbank Rotterdam 30 juni 2010, *L&S* 2010, 134. Zie ook Rechtbank 's-Gravenhage 17 maart 1999, *NP* 2000, 9 en Gerechtshof Leeuwarden 6 juli 2010, *L&S* 2010, nr. 135.

269 Zie hoofdstuk 8, par. 8.2.7.1 voor de vraagstelling en par. 8.2.6.2 voor de kosten van het deskundigenbericht.

270 Zie par. 4.2.1.1.

271 Zie over toerekening krachtens schuld in algemene zin ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, nr. 322 e.v.

lener geen sprake. Toch ontkomt de arts of het ziekenhuis ook in een dergelijk geval niet aan aansprakelijkheid. Zowel een tekortkoming van een hulppersoon als een tekortkoming door het gebruik van een ongeschikte hulpzaak wordt de arts of het ziekenhuis toegerekend.

4.2.3.2 Toerekening krachtens schuld of verkeersopvattingen

Toerekening van de tekortkoming krachtens schuld of verkeersopvattingen impliceert aansprakelijkheid van de arts of het ziekenhuis voor eigen handelen. Voorop wordt gesteld dat, hoewel ingevolge artikel 2:5 BW een rechtspersoon wat het vermogensrecht betreft met een natuurlijke persoon gelijk staat (tenzij uit de wet het tegendeel voortvloeit), de arts doorgaans de geneeskundige behandeling uitvoert. Tegen de achtergrond van een tekortkoming wegens schending van artikel 7:453 BW ten opzichte van de patiënt zal aansprakelijkheid voor eigen handelen zich dan ook doorgaans voordoen bij de arts en zal het ziekenhuis onder omstandigheden aansprakelijk zijn, omdat het tekortschieten van de arts krachtens artikel 6:76 BW voor zijn rekening komt.²⁷² Dit neemt niet weg dat het ziekenhuis – vertegenwoordigd door zijn bestuurder²⁷³ – los van diens aansprakelijkheid voor het handelen van de arts in een ‘eigen’ verplichting ten opzichte van de patiënt kan tekortschieten en dat de tekortkoming het ziekenhuis krachtens schuld of verkeersopvattingen wordt toegerekend. Een voorbeeld betreft tekortkomingen in de nakoming van verplichtingen die op het ziekenhuis rusten uit hoofde van de Kwaliteitswet zorginstellingen (Kwz).²⁷⁴ Hoewel (de verplichtingen uit) de Kwz niet primair of niet alleen zien op de individuele relatie tussen de patiënt en het ziekenhuis, strekken zij wel tot verbetering van de zorg en op individueel niveau tot verbetering van de zorgverlening aan een patiënt. Deze verplichtingen kunnen – mijns inziens – om die reden worden beschouwd als invulling van de zorgvuldigheidsnorm van artikel 7:453 BW die door het ziekenhuis jegens de patiënt in acht moet worden genomen en bij een schending ervan een tekortkoming opleveren.²⁷⁵ Andere ‘eigen’ verplichtingen van het ziekenhuis in die zin (dus als invulling van de ten opzichte van de patiënt in acht te nemen zorgvuldigheid) zijn het opstellen van protocollen of anderszins artsen of ander personeel te begeleiden of instrueren bij het

²⁷² Zie over aansprakelijkheid voor hulppersonen krachtens artikel 6:76 BW par. 4.2.3.3.

²⁷³ Academische ziekenhuizen – publiekrechtelijke rechtspersonen – worden bijvoorbeeld vertegenwoordigd door de leden van een daartoe bevoegd orgaan, zie meer daarover in M. Scheltema en M.W. Scheltema, *Gemeenschappelijk recht, wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 52-53. Niet-academische ziekenhuizen – privaatrechtelijke rechtspersonen – worden ingevolge artikel 2:45 BW en artikel 2:292 BW vertegenwoordigd door de leden van het bestuur.

²⁷⁴ Zie ook M.F. Hartman en R.P. Wijne, *Handboek Personenschade* (losbl.), p. 2040-21. Zie voor een voorbeeld van de schending van verplichtingen uit hoofde van de Kwz Rechtbank Rotterdam 17 maart 2011, *LJN* BP8090.

²⁷⁵ Zie par. 4.2.1.4 over de bronnen die de professionele standaard invullen. Bestuurders hebben ook verplichtingen ten opzichte van de rechtspersoon. Zo is de bestuurder ingevolge artikel 2:9 BW tegenover de rechtspersoon verplicht de hem opgedragen taak behoorlijk te vervullen. Aan deze verplichtingen kan de patiënt echter geen rechten ontleen.

uitvoeren van geneeskundige behandelingen, het nemen van voorzorgsmaatregelen ter bestrijding van ziekenhuisbacteriën en het beschikbaar hebben van voldoende personeel om in de zorgvraag van patiënten te voorzien. Voldoet het ziekenhuis niet aan deze verplichtingen, dan kan dit op individueel patiëtniveau gevolgen hebben en een schending van de jegens de patiënt in acht te nemen verplichting van artikel 7:453 BW opleveren.²⁷⁶

Dat het ziekenhuis aansprakelijk kan zijn om de reden dat voor bepaalde medische ingrepen in het geheel geen protocol bestaat, wordt bijvoorbeeld verwoord door A-G J. Spier bij het arrest van de Hoge Raad van 1 april 2005 in zijn conclusie bij het arrest. Hij merkte daartoe het volgende op: 'Ik zou zeker niet willen uitsluiten dat een ziekenhuis op grond van een eigen tekortkoming aansprakelijk kan zijn wanneer voor bepaalde medische ingrepen in het geheel geen protocol bestaat. Het is evenmin ondenkbaar dat aansprakelijkheid zou kunnen worden gegrond op het (geheel) achterwege laten van onderzoek naar de vraag of protocollen (in het algemeen) worden nageleefd. Dat dit een en ander (onder omstandigheden) redelijkerwijs van een ziekenhuis kan worden gevergd, is m.i. (mede) hieraan toe te schrijven dat zulks praktisch uitvoerbaar is zonder bijzondere expertise die op medisch vlak nu eenmaal berust bij de medisch specialisten.'²⁷⁷

Een voorbeeld uit de rechtspraak betreft Rechtbank 's-Hertogenbosch 1 december 2010. De patiënte in kwestie stelde dat het ziekenhuis zelf toerekenbaar tekort was geschoten nu het personeel op de afdeling Spoedeisende hulp niet goed was geïnstrueerd in de herkenning van een beroerte. De afdeling beschikte voorts niet over een richtlijn trombolyse bij herseninfarct. Het ziekenhuis stelde zich op het standpunt dat trombolyse ten tijde van de behandeling van de patiënt (21 mei 2004) nog geen algemeen geaccepteerde behandeling was en een richtlijn dus niet noodzakelijk. De rechtbank benoemde een deskundige die de rechter op dat punt moest informeren.²⁷⁸

Wat het nemen van voorzorgsmaatregelen om ziekenhuisbacteriën te bestrijden betreft wordt opgemerkt dat de meest voorkomende complicatie bij opgenomen patiënten het ontstaan van een infectie is: tussen de 5 tot 10% van de patiënten

276 Voor zover een protocol door een externe organisatie is opgesteld bestaat ook de mogelijkheid dat deze organisatie aansprakelijk is, zie daarover M.A.J.M. Buijsen, 'Schade door gebrekkige medische protocollen', *NTBR* 2000/2, p. 57-62.

277 HR 1 april 2005, *NJ* 2006, 377, met nt. F.C.B. van Wijmen en H.J. Snijders.

278 Rechtbank 's-Hertogenbosch 1 december 2010, *LJN* BP0843. Zie voor een voorbeeld waarbij de arts verantwoordelijk was voor het opstellen van een protocol RTG 's-Gravenhage 9 november 2010, *LJN* YG0650.

wordt hiermee geconfronteerd.²⁷⁹ Dergelijke infecties kunnen ernstige gevolgen hebben. Uit onderzoek blijkt dat de mate waarin infecties voorkomen afhankelijk is van de mate van totale hygiëne in het ziekenhuis, de persoonlijke hygiëne van de artsen en het verplegend personeel, de weerstand van de patiënt, de intensiteit van de zorg en het gebruik van antibiotica.²⁸⁰ Op in elk geval de eerste twee factoren kan eenvoudig invloed worden uitgeoefend door toezicht te houden op de hygiëne van personeel en omgeving en daarvoor de noodzakelijke middelen ter beschikking te stellen. Mijns inziens mag een tekortkoming van het ziekenhuis worden aangenomen, indien blijkt dat dergelijke voorzorgsmaatregelen door het ziekenhuis niet zijn genomen (denk bijvoorbeeld aan het opstellen van een protocol en het geven van instructies) en de patiënt daardoor aan onnodig ernstig gevaar voor zijn gezondheid is blootgesteld.

Van schuld van de arts is sprake, indien de arts in kwestie – naar de objectieve maatstaven van de redelijk bekwaam en redelijk handelend arts – *anders had kunnen en moeten handelen*.²⁸¹ Voor het ziekenhuis geldt hetzelfde; in het geval (een bestuurder van) het ziekenhuis een hiervoor bedoelde ‘eigen’ verplichting niet nakomt op de wijze als van hem verlangd mocht worden – op zijn taak berekend en nauwgezet – en had het ziekenhuis naar objectieve maatstaven anders kunnen en moeten handelen, dan heeft het schuld aan de tekortkoming. Dit leert dat de normschending – de hulpverlener heeft zich niet als een redelijk bekwaam en redelijk handelend hulpverlener gedragen – en de verwijtbaarheid (schuld) – de hulpverlener had naar objectieve maatstaven anders kunnen en moeten handelen – samenvallen.²⁸² Het gevolg is dat de arts en het ziekenhuis zich slechts onder zeer specifieke omstandigheden kunnen beroepen op afwezigheid van toerekening wegens het ontbreken van schuld.²⁸³

Een voorbeeld van een tekortkoming die het ziekenhuis toegerekend werd krachtens schuld (c.q. krachtens verkeersopvattingen) betreft een uitspraak

279 R.W.M. Giard, Aansprakelijkheid van artsen (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, p. 168 met verwijzing naar literatuur betreffende de percentages.

280 R.W.M. Giard, Aansprakelijkheid van artsen (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, p. 170.

281 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, nr. 332-344.

282 Zie in vergelijkbare zin bij onrechtmatige daad C.C. van Dam, Aansprakelijkheidsrecht, een grensoverschrijdend handboek, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000, nr. 913 en 917.

283 Dit stemt overeen met de gedachte bij de opzet van Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW: aan de voor het ontbreken van schuld benodigde zorg worden zeer hoge eisen gesteld, zeker indien daarmee zwaarwegende belangen betreffende leven en gezondheid zijn gemoeid, zoals in de gezondheidszorg. Parl. Gesch. Boek 6, p. 271, Kamerstukken II 1989/90, 21561, nr. 3, p. 45 (MvT) en Kamerstukken II 1990/91, 21561, nr. 6, p. 68 (MvA). Zie in vergelijkbare zin bij onrechtmatige daad C.C. van Dam, Aansprakelijkheidsrecht, een grensoverschrijdend handboek, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000, nr. 913 en 917.

van het Gerechtshof Leeuwarden. Bij een bevalling was niet de zorg betracht die betracht had moeten worden. Het ziekenhuis in kwestie beriep zich op afwezigheid van toerekening van de tekortkoming, stellende dat er de bewuste avond sprake was van een onverwachte extreme drukte, hierin bestaande dat er zich meerdere risicobaringen op hetzelfde moment voordeden. Het hof overwoog ten aanzien van dit verweer als volgt: ‘Gesteld noch gebleken zijn feiten en omstandigheden van zodanige aard dat zij grondslag kunnen bieden voor het oordeel dat AZG het redelijkerwijs niet in haar macht had om de onderhavige vertraging te voorkomen. Ervan uitgaande dat, zoals boven overwogen, om 19.10 uur een indicatie bestond voor onmiddellijk ingrijpen en er voorts op basis van de daartoe voldoende grondslag biedende stukken van het geding, waaraan de blote ontkenning door AZG niet kan afdoen, van uitgaande dat – de om 19.20 uur gewaarschuwde – [gynaecoloog] aan een andere risicovolle baring voorrang heeft gegeven boven die van [patiënte] totdat de – om 19.30 uur in huis geroepen – achterwacht arriveerde, is het hof van oordeel dat AZG de vertraging had kunnen voorkomen door haar organisatie zo in te richten dat zij op dit soort situaties beter was voorbereid. Nu zij dit heeft nagelaten, is bovenbedoelde tekortkoming naar het oordeel van het hof te wijten aan AZG. AZG heeft niet gemotiveerd aangevoerd dat het verbeteren van de voorbereiding op situaties als de onderhavige niet tot de mogelijkheden behoort, doch – wat daar verder ook van zij – valt een dergelijke onmogelijkheid in ieder geval binnen de risicosfeer van AZG, terwijl een goede grond ontbreekt om een en ander voor rekening van [patiënte] te brengen.’²⁸⁴

Een specifieke omstandigheid waarin de arts (voor het ziekenhuis zal niet gelden) mogelijk geen schuld treft betreft de situatie waarin de arts handelde in een toestand van *psychische overmacht*. Deze schulduitsluitingsgrond is aan het strafrecht ontleend en is een bijzondere vorm van overmacht (artikel 40 Sr). Een voorbeeld betreft de arts die het leven van een patiënt beëindigt zonder een daartoe strekkend verzoek. Dit is niet alleen strafbaar (artikel 300 Sr, moord), maar levert tevens een tekortkoming op. Indien de arts kan aantonen dat de psychische druk zodanig was, dat hij niet anders kon dan kiezen voor deze handeling, dan kan dit afwezigheid van schuld met zich brengen. Een dergelijk beroep kan echter slechts onder zeer bijzondere omstandigheden slagen, zo blijkt uit de rechtspraak.²⁸⁵

Een voorbeeld waarin een beroep op psychische overmacht niet werd aangenomen, betreft het geval waarin een arts een comateuze patiënt met een zeer korte

284 Gerechtshof Leeuwarden 20 november 2002, LJN AF0928.

285 HR 9 november 2004, LJN AP1493.

levensverwachting om het leven bracht. De arts deed (onder meer) een beroep op psychische overmacht, stellende dat toen hij zich in de ochtend naar het verzorgingstehuis begaf, waar zijn patiënt was opgenomen, hij overvallen werd door de situatie dat zij nog in leven was, terwijl hij had verwacht dat zij gedurende de nacht zou zijn overleden. De arts raakte ongewild en onvoorbereid verzeild in een situatie waarop hij niet had kunnen anticiperen, zo gaf hij aan. Hij kwam, zijn patiënte op sterven na dood aantreffend in een erbarmelijke ontlusterende situatie en vreemde dat zij zou “wegrotten” en niet meer waardig zou kunnen sterven in aanwezigheid van haar kinderen, in een situatie van acute en concrete nood. Hieruit vloeide een belangenconflict voort waaraan hij een einde moest maken. Hij zag geen alternatief dan de dood en had slechts een zeer korte tijd om een afweging te maken, waarbij hij onder zware psychische druk stond die zijn manoeuvreerruimte beperkte, aldus de arts. Deze druk werd volgens de arts veroorzaakt door de volgende omstandigheden:

- a. De zeer exceptionele mensonterende situatie van de patiënt in de laatste fase van haar leven. Zij lag al enkele dagen onverschoond en onverzorgd in bed met grote necrotische doorligwonden die een enorme stank veroorzaakten.
- b. De verminderde psychische draagkracht van de arts, veroorzaakt door het recent overlijden van zijn vader en het feit dat hij nog in het verwerkingsproces zat van een de avond daarvoor door hem verrichte euthanasie.
- c. De aanhoudende druk van de kinderen van patiënte en het verzorgend personeel van het verzorgingstehuis.
- d. Het gevoel van onmacht door een verlies aan regie, doordat zijn collega tegen de wens van de arts de beslissing had genomen tot verhoging van het morfinepeil, waardoor het sterfproces eigenlijk in gang werd gezet, terwijl de arts zelf steeds de wens van zijn patiënte had gerespecteerd en alles had gedaan om haar te activeren en haar leven te verlengen.

Het hof dat over deze kwestie oordeelde, verstond het standpunt van de arts zo dat, hoewel aan de gemaakte afweging naar objectieve maatstaven gebreken kleefden, de afweging in de concrete situatie verontschuldigbaar was, omdat de arts onder een zodanige psychische druk stond dat hij daaraan geen weerstand hoefde te bieden. Het hof volgde de arts daarin niet. De Hoge Raad liet het oordeel van het hof op dit punt in stand.²⁸⁶

286 HR 9 november 2004, *LJN* AP1493.

Bovendien is het mogelijk dat de rechter oordeelt dat de tekortkoming wegens psychische overmacht de arts op grond van de verkeersopvattingen behoort te worden toegerekend.²⁸⁷ In zijn algemeenheid immers geldt dat tekortkomingen als gevolg van omstandigheden die in de risicosfeer van de arts of het ziekenhuis liggen de arts worden toegerekend. Tekortkomingen door ziekte, geldelijk onvermogen om een behandeling uit te voeren of onervarenheid van de arts bijvoorbeeld zijn geen redenen om de tekortkoming de arts niet toe te rekenen.²⁸⁸ Ook een tekortkoming die het gevolg is van een werkstaking van personeel of ziekte van een assistent wordt de arts op grond van de in het verkeer geldende opvattingen toegerekend. Het ziekenhuis worden eveneens tekortkomingen – denk aan het niet (tijdig) beschikbaar kunnen stellen van een bed, medicatie, protheses – wegens financieel onvermogen²⁸⁹ of door een staking van zijn personeel krachtens verkeersopvattingen toegerekend.²⁹⁰ In de praktijk worden financieringsproblemen van medicatie of protheses overigens veelal opgelost in de verhouding tussen het ziekenhuis en de ziektekostenverzekeraar(s) of het ziekenhuis en het College Tarieven Gezondheidszorg, zo blijkt uit de aan rechters voorgelegde geschillen.²⁹¹ ‘Bedden’problemen worden veelal opgelost met behulp van wachttijdbemiddeling,²⁹² of de verwijzing naar een ander, bijvoorbeeld in het buitenland gelegen, ziekenhuis.²⁹³

Zie voor een voorbeeld een geschil over de implantatie van een cardiale defibrillator. In september 1992 werd een patiënt wegens hartklachten opgenomen in ziekenhuizen te Deventer en Apeldoorn. De patiënt werd op 7 december 1992 voor nader onderzoek verwezen naar het Academisch Ziekenhuis Leiden. In het ziekenhuis werd vastgesteld dat de patiënt leed aan niet operatief te behandelen afwijkingen van zijn kransslagader en dat hij baat zou kunnen hebben bij implantering van een cardiale defibrillator. Het ziekenhuis was echter niet bereid deze bij de patiënt te implanteren, omdat het budget dat niet toeliet. De patiënt schakelde daarop zijn ziektekostenverzekeraar in. De discussie

287 Zie over “verkeersopvattingen” uitvoerig P. Memelink, *De verkeersopvatting* (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.

288 Parl. Gesch. Boek 6, p. 265. Zie voorts Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, nr. 355, 356 en 358 en C.C. van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht, een grensoverschrijdend handboek*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000, nr. 913 en 917. Zie over de ervaring van de arts ook Parl. Gesch. Boek 6, p. 618. Zie voor een voorbeeld van toerekening ondanks flauwte van de arts Rechtbank Zwolle 13 november 1991, *NJ* 1992, 740.

289 Zie voor een geschil over budgettering voor bacteriebestrijding CBB 25 februari 2011, *LJN* BP6994.

290 Parl. Gesch. Boek 6, p. 265 en 269. Zie voorts (algemeen) Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, nr. 355, 356 en 358.

291 Zie bijvoorbeeld CBB 29 oktober 2002, *LJN* AF0490; CBB 30 januari 2003, *LJN* AF4791 en CBB 8 februari 2011, *LJN* BP4845.

292 Uit de jurisprudentie blijkt van de tendens dat de patiënt in grote mate rekening moet houden met wachttijden, zie bijvoorbeeld Rechtbank 's-Gravenhage 10 december 2007, *LJN* BD0495.

293 Zie voor voorbeelden CRvB 18 juni 2004, *LJN* AO2302 en Rechtbank Arnhem 4 augustus 2004, *LJN* AR3576.

werd vervolgens verplaatst naar een discussie tussen het ziekenhuis en de ziektekostenverzekeraar over het budgetstelsel.²⁹⁴

4.2.3.3 Toerekening krachtens de wet

A Toerekening op grond van artikel 6:76 BW

Artsen maken bij de uitvoering van de geneeskundige behandelingsovereenkomst gebruik van de hulp van andere personen. Dit geldt zowel voor de arts die op basis van een toelatingsovereenkomst in het ziekenhuis werkt als voor de arts met een eigen praktijk. De arts die op basis van een toelatingsovereenkomst in het ziekenhuis werkt, kan gebruik maken van bijvoorbeeld een ok-assistent, een radioloog, een anesthesist, een arts-assistent of de arts van een ander specialisme die voor het stellen van de diagnose of voor een second opinion in consult wordt geroepen. Voorts kan gedacht worden aan het inroepen van de hulp van een medisch-specialist die in het buitenland werkzaam is, ook door middel van ‘*telemedecine*’.²⁹⁵ Betrekkelijk nieuw is bijvoorbeeld het laten beoordelen van radiologische beelden door een ‘*teleradioloog*’.²⁹⁶ De arts die alleen of in een praktijkgroep als zelfstandige werkt, zoals een huisarts of tandarts, maakt bijvoorbeeld gebruik van een doktersassistent of een tandartsassistent. Voorbeelden van andere hulppersonen zijn personen die bij ‘*telezorg*’ zijn betrokken en personen die bij de ontwikkeling van een (vrijwillig op te zetten) elektronisch patiëntendossier zijn betrokken, zoals beheerders van communicatienetwerken.²⁹⁷ Bij telezorg zijn voorts mantelzorgers betrokken die de patiënt thuis ondersteunen.²⁹⁸ Ook het ziekenhuis maakt bij de uitvoering van de behandelingsovereenkomst die het met de patiënt sloot gebruik van de hulp van andere personen. Het meest voor de hand liggend is het gebruik van de kennis en kunde van een arts: indien de patiënt een overeenkomst sluit met het ziekenhuis voor zijn behandeling, dan is de arts die bij het ziekenhuis in dienst is – in juridische zin – hulppersoon van het ziekenhuis.²⁹⁹ Andere hulppersonen van het ziekenhuis zijn bijvoorbeeld verpleegkundigen en laboratoriumpersoneel. Verder kan worden gedacht aan het gebruik van de hulp van een ander, eventueel in het buitenland

294 HR 11 mei 2001, *NJ* 2002, 364, met nt. J. Hijma. Zie voor andere voorbeelden betreffende financiële aangelegenheden Rechtbank Arnhem 23 maart 2005, *LJN* AT4497 en CrvB 24 september 2008, *LJN* BF4838.

295 Vorm van communicatie tussen zorgverleners via internet. Artsen kunnen op die manier kennis, diagnoses, behandelplannen, anamneses en foto's uitwisselen. Zie onder meer <www.telemedicine.com>; <www.ipt-telemedicine.nl> en <www.ksyos.org>.

296 Zie uitvoeriger over ‘*teleradiologie*’ E. Dans en P.R. van der Vorst, ‘*Teleradiologie. Enkele juridische implicaties van een nieuw fenomeen*’, *TvGr* 2008, nr. 3, p. 187-199.

297 Telezorg is een vorm van e-health waarbij de patiënt thuis wordt verzorgd met behulp van informatie- en communicatietechnologie, zoals een *health buddy* en een *webcam*. Zie over hulppersonen bij ‘*telezorg*’ M.C. Ploem, ‘(thuis)zorg op afstand in juridisch perspectief’, *TvGr* 2008, nr. 5, p. 312-327.

298 Zie daarover M.C. Ploem, ‘(Thuis)zorg op afstand in juridisch perspectief’, *TvGr* 2008, nr. 5, p. 312-327.

299 Zie ook hoofdstuk 3, par. 3.2.3.

gevestigd, ziekenhuis of van aldaar werkzame artsen, al dan niet met behulp van *telemedicine*.³⁰⁰

Al deze hulppersonen kunnen fouten maken en schade veroorzaken bij de patiënt. De operatie-assistent bijvoorbeeld kan vergeten de gaasjes te tellen, waardoor er één achterblijft in het lichaam van de patiënt, en het laboratoriumpersoneel kan buisjes met bloed verwisselen, waardoor een patiënt een onjuiste diagnose te horen krijgt. Omdat niet het handelen van de arts of het ziekenhuis de schade veroorzaakte, kan een eventuele aan de schade ten grondslag liggende tekortkoming de arts noch het ziekenhuis krachtens schuld worden toegerekend.³⁰¹ Toerekening kan echter wel plaatsvinden op grond van de wet: artikel 6:76 BW brengt met zich dat de arts en het ziekenhuis voor gedragingen van hulppersonen, van wiens hulp zij gebruik maken bij de uitvoering van de behandelingsovereenkomst, aansprakelijk zijn op gelijke wijze als voor eigen gedragingen. Een en ander laat onverlet dat de hulppersoon zelf ook aansprakelijk kan zijn op grond van artikel 6:162 BW.³⁰²

Tijdens de totstandkoming van artikel 6:76 BW is met zoveel woorden overwogen dat een strenge aansprakelijkheid voor hulppersonen billijk is en ook hoe langer hoe meer als billijk wordt aanvaard. Zo moest volgens de meerderheid van de Kamerleden de chirurg aansprakelijk worden geacht voor alle ziekenhuiskrachten die door hem bij de uitvoering van een operatie zijn ingeschakeld. Hij wordt geacht 'gebruik te maken' van het operatiepersoneel. Het kwam de Kamerleden onbevredigend voor dat bij medische kunstfouten ter gelegenheid van specialistische of andere ingrepen – want het bovenstaande geldt uiteraard ook voor andere artsen dan chirurgen – de patiënt overal zijn neus zou stoten, omdat hij niet kan achterhalen wie de kunstfout heeft gemaakt.³⁰³

Enige nuancering is op zijn plaats, want de arts of het ziekenhuis is alleen dan aansprakelijk voor een gedraging van zijn hulppersoon, indien die gedraging aangemerkt moet worden

300 Zie bijvoorbeeld Rechtbank Maastricht 19 september 2007, *LJN* BB3949 voor het gebruik van de hulp van een ander ziekenhuis.

301 Toerekening krachtens schuld vindt wel plaats indien de arts of het ziekenhuis niet de bevoegdheid had om een andere persoon in te schakelen, zie conclusie A-G Bloembergen bij HR 10 januari 1997, *NJ* 1998, 544, met nt. C.J.H. Brunner. Zie in die zin ook R.D. Lubach, *Aansprakelijkheid voor zelfstandige hulppersonen* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2005, p. 327. Had de hulpverlener die bevoegdheid niet, dan kan de hulpverlener zelfs aansprakelijk worden gesteld voor gedragingen die de hulpverlener *niet* zouden kunnen worden verweten als hij ze zelf had verricht, zie Parl. Gesch. Boek 6, p. 266.

302 Zie voor een voorbeeld Rechtbank 's-Gravenhage 12 juli 2000, *VR* 2001, 20.

303 Parl. Gesch. Boek 6, p. 267. Zie voor een voorbeeld HR 7 mei 1976, *NJ* 1977, 63, met nt. G.J. Scholten (Lekkende Kruik II). Zie ook HR 8 juli 1992, *NJ* 1992, 714 (gebruik besmette injectienaald).

als een aan de hulppersoon toe te rekenen tekortkoming.³⁰⁴ De patiënt dient ingevolge de hoofdregel van artikel 150 Rv hiertoe de feiten en omstandigheden aan te dragen.

Bovendien bestaat aansprakelijkheid alleen voor die personen, van wiens hulp (rechtstreeks of via een andere hulppersoon) bij de uitvoering van de met de patiënt gesloten behandelingsovereenkomst gebruik is gemaakt. In de jurisprudentie is verduidelijkt dat de kring van personen waarop artikel 6:76 BW betrekking heeft, niet ruim is. Het moet gaan om een persoon van wiens hulp gebruik is gemaakt bij de uitvoering van de verbintenis *ten aanzien waarvan de aansprakelijkheid in het geding is*.³⁰⁵ Hoe ver die verbintenis reikt, moet worden afgeleid uit de strekking van die verbintenis.³⁰⁶ Een en ander heeft enerzijds tot gevolg dat de arts en het ziekenhuis ten opzichte van de patiënt aansprakelijk zijn, indien zij ter uitvoering van de behandelingsovereenkomst een assistent (of ander personeel) respectievelijk een arts (of ander personeel) inschakelen en deze assistent of arts zich niet gedraagt als een redelijk bekwaam en redelijk handelend assistent of arts.³⁰⁷ Staat bijvoorbeeld de uitvoering van een radiotherapie ter discussie en heeft de contractsluitende oncoloog bij de uitvoering van de radiotherapie gebruik gemaakt van de hulp van een radiotherapeut, dan zal de oncoloog aangesproken kunnen worden voor een toerekenbare beoordelingsfout van de radiotherapeut.

Zie voor een voorbeeld de casus die ter beoordeling stond van de Rechtbank Amsterdam in eerste aanleg en in tweede aanleg aan het Gerechtshof Amsterdam werd voorgelegd. Een (toegelaten)chirurg werd aansprakelijk geacht wegens een tekortkoming van de operatie-assistent (in dienst van het ziekenhuis). Zij had een gaasje achtergelaten in het lichaam van de patiënt en de gaasjes bij het sluiten van de wond niet geteld.³⁰⁸

Een ander voorbeeld uit de jurisprudentie betreft een fout van laboratorium-personeel, waarvoor het ziekenhuis door de patiënte aansprakelijk werd gesteld. De patiënte had in 1956 in het ziekenhuis een maagoperatie ondergaan. In verband daarmee was in het laboratorium van het ziekenhuis haar rhesusfactor

304 Parl. Gesch. Boek 6, p. 269. Zie ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, nr. 347 en R.D. Lubach, Aansprakelijkheid voor zelfstandige hulppersonen (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2005, p. 367.

305 Zie voor voorbeelden in niet-medische zaken HR 14 juni 2002, NJ 2002, 495, met nt. K.F. Haak en HR 10 oktober 2003, NJ 2005, 89, met nt. M.M. Mendel. Zie voor andersoortige overeenkomsten ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, nr. 347.

306 HR 14 juni 2002, NJ 2002, 495, met nt. K.F. Haak en HR 10 oktober 2003, NJ 2005, 89, met nt. M.M. Mendel.

307 Zie voor deze maatstaf Gerechtshof 's-Gravenhage 23 september 2008, te kennen uit conclusie A-G bij HR 22 december 2009, LJN BK4471.

308 Rechtbank Amsterdam 15 december 1983 en Gerechtshof Amsterdam 7 maart 1985, te kennen uit HR 17 oktober 1986, NJ 1987, 124. Zie voor een zelfde situatie Gerechtshof 's-Hertogenbosch 27 oktober 1966, NJ 1967, 19.

bepaald. Daarbij werd een fout gemaakt waardoor de patiënt rhesus-positief bloed getransfuseerd kreeg. Dit heeft bij haar geleid tot rhesusantagonisme. Ten gevolge hiervan had de patiënte tweemaal een doodgeboren kind gekregen. Voorts bleek dat haar kans om kinderen te krijgen praktisch nul was. Zij had zich daarom in 1967 laten steriliseren. In 1988 vernam de patiënte dat haar onvrijwillige kinderloosheid het gevolg was van een menselijke fout, gemaakt in het laboratorium van het ziekenhuis. De vordering was verjaard maar het ziekenhuis zou zonder die verjaring uit hoofde van artikel 6:74 BW in samenhang gelezen met artikel 6:76 BW (althans 1279 Oud BW) aansprakelijk zijn geweest.³⁰⁹

Een en ander heeft anderzijds tot gevolg dat aansprakelijkheid van de arts of het ziekenhuis op grond van artikel 6:76 BW niet bestaat voor personen van wiens hulp de arts of het ziekenhuis gebruik heeft gemaakt in het kader van een andere overeenkomst dan de behandelingsovereenkomst.³¹⁰ De arts is bijvoorbeeld niet aansprakelijk voor een tekortkoming van de producent gelegen in de gebrekkige levering van een medische hulppzaak.³¹¹ Hoewel strikt genomen van de hulp van de producent gebruik wordt gemaakt – hij levert immers het product dat bij de geneeskundige behandeling van de patiënt wordt gebruikt – voert het te ver om de arts aanstonds via artikel 6:76 BW aansprakelijk te houden.³¹² Hetzelfde zou mijns inziens geconcludeerd moeten worden ten aanzien van leveranciers van informatie- en communicatiesystemen die worden gebruikt bij telezorg en het gebruik van een elektronisch patiëntendossier. De arts is ook niet aansprakelijk voor een tekortkoming van een hulppersoon die door het *ziekenhuis* is ingeschakeld ter uitvoering van een tussen het ziekenhuis en de patiënt gesloten behandelingsovereenkomst. Andersom is het ziekenhuis niet aansprakelijk voor de tekortkoming van een hulppersoon die niet door het ziekenhuis, maar door de *arts* werd gebruikt ter uitvoering van de behandelingsovereenkomst die de arts met de patiënt sloot. In het geval de patiënt zowel met de arts contracteerde als met het ziekenhuis – in welk geval het ziekenhuis (doorgaans) de verplichting op zich heeft genomen om de aanpalende verrichtingen ter verpleging en verzorging als bedoeld in artikel 7:446, derde lid, BW na te komen – is het ziekenhuis voorts alleen aansprakelijk voor het handelen van bijvoorbeeld de verpleging en arts-assistenten ter uitvoering van die aanpalende handelingen. Onduidelijk is echter (nog) of bijvoorbeeld mantelzorgers of de beheerders van communicatienetwerken, betrokken bij telezorg, hulppersonen

309 HR 3 november 1995, *NJ* 1998, 380, met nt. C.J.H. Brunner en (vervolg) HR 19 oktober 2001, *NJ* 2001, 655.

310 Zie voor voorbeelden in niet-medische zaken HR 14 juni 2002, *NJ* 2002, 495, met nt. K.F. Haak en HR 10 oktober 2003, *NJ* 2005, 89, met nt. M.M. Mendel. Zie voor andersoortige overeenkomsten ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, nr. 347.

311 Parl. Gesch. Boek 6, p. 267.

312 Parl. Gesch. Boek 6, p. 268.

in de zin van artikel 6:76 BW zijn. Wat mantelzorgers betreft meen ik dat dit het geval is.³¹³ Zij worden ‘op locatie’ gebruikt bij de uitvoering van de behandelingsovereenkomst met de patiënt. Voor beheerders van communicatienetwerken ligt dat mijns inziens minder voor de hand. Mogelijk wordt van hun hulp gebruik gemaakt in het kader van een overeenkomst van opdracht die betrekking heeft op het aanbieden van een communicatienetwerk.

Voor toepassing van artikel 6:76 BW is niet beslissend dat de persoon van wiens hulp gebruik is gemaakt een ondergeschikte is van de arts.³¹⁴ Artikel 6:76 BW is ook van toepassing op niet-ondergeschikten.

Zie voor een voorbeeld opnieuw de casus over de aansprakelijkheid van de (toegelaten) chirurg en de ok-zuster (in dienst van het ziekenhuis) die tijdens de operatie ten onrechte niet had opgemerkt dat een gaasje in de wond was achtergebleven. Het Gerechtshof Amsterdam oordeelde dat de chirurg aansprakelijk was voor de tekortkoming van de ok-zuster, omdat de chirurg bij het uitvoeren van de operatie gebruik had gemaakt van de hulp van de ok-zuster. Of de ok-zuster al dan niet als ondergeschikte van de chirurg moest worden aangemerkt, was volgens het hof niet van belang.³¹⁵ De A-G bij het arrest van de Hoge Raad, Biegman-Hartogh, wijst op de verschillen met het ‘Nuboer-arrest’, in welke zaak het ging om aansprakelijkheid op grond van artikel 6:170 BW (althans 1403 Oud BW) waarbij het ondergeschiktheids criterium wel een rol speelt.³¹⁶

Daarentegen is artikel 6:76 BW niet van toepassing, indien sprake is van een (zuiver, nevenschikkend) samenwerkingsverband tussen zelfstandig werkende artsen, die ieder voor zich een overeenkomst met de patiënt sloten. In dat geval immers maakt geen van de artsen gebruik van de hulp van de ander. Een probleem dat zich hierbij aandient, is dat het voor de patiënt niet altijd duidelijk is of hij een behandelingsovereenkomst sloot met één arts, welke arts vervolgens gebruik maakt van de hulp van andere artsen, of dat hij met verschillende medisch specialisten een overeenkomst sloot.³¹⁷ Reeds opgemerkt werd dat het antwoord op de vraag of de patiënt uitsluitend contracteerde met de ‘hoofdbehandelaar’ of ook met de artsen van andere disciplines, moet worden gezocht in hetgeen partijen over

313 Zie ook M.C. Ploem, ‘(Thuis)zorg op afstand in juridisch perspectief’, *TvGr* 2008, nr. 5, p. 312-327.

314 Zie in zijn algemeenheid Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, nr. 349.

315 Gerechtshof Amsterdam 7 maart 1985, te kennen uit HR 17 oktober 1986, *NJ* 1987, 124.

316 HR 31 mei 1968, *NJ* 1968, 323. Zie nader par. 4.3.4.2.

317 Zie ook hoofdstuk 3, par. 3.2.3. Zie voorts M.M. ten Hoopen, ‘Medisch-specialistische samenwerking en aansprakelijkheid’, *NJB* afl. 2007/26 en M.M. ten Hoopen, ‘Eigen taken, eigen fouten’, *MC* september 2005, 60, nr. 39, p. 1548-1551.

en weer hebben verklaard en uit elkaars gedragingen hebben afgeleid en in de gegeven omstandigheden hebben mogen afleiden.³¹⁸ Mijs inziens kan daar de conclusie aan worden verbonden dat in het geval door de artsen onvoldoende aan de patiënt (en aan elkaar) duidelijk is gemaakt waar de grens van hun verplichtingen ligt, wie voor welk deel een overeenkomst met de patiënt sloot, de patiënt de arts die zich heeft geprofileerd als contractspartij moet kunnen aanspreken voor het handelen van de – dan als hulppersoon te beschouwen – andere artsen. De patiënt mag niet de dupe worden van het feit dat hij de verkeerde arts heeft aangesproken of geen enkele arts kan aanspreken. Dit sluit aan bij de wens van de wetgever er een strenge aansprakelijkheid voor artsen op na te houden,³¹⁹ bij de wens kenbaar uit de praktijk om artsen bewuster te maken van hun verantwoordelijkheid,³²⁰ en bij de tuchtrechtspraak op dit punt.³²¹

De Rechtbank Arnhem bijvoorbeeld nam aan dat de patiënt alleen met de tandarts had gecontracteerd en niet ook met de tandtechnicus. Het zwaartepunt van de tandheelkundige behandeling lag immers bij de tandarts, de tandtechnische behandeling werd in de praktijk van de tandarts verricht en directe facturering door de tandtechnicus aan de patiënt ontbrak. De tandtechnicus was daardoor in juridische zin als hulppersoon te beschouwen.³²²

Of artikel 6:76 BW van toepassing is op waarnemingssituaties, laat zich niet in één antwoord vatten. Het is niet uitgesloten dat een arts gebruik maakt van de hulp van een waarnemer met instandhouding van zijn behandelingsovereenkomst met de patiënt en de arts diens gevolgde aansprakelijk is voor een toerekenbare tekortkoming van zijn waarnemer.³²³ Desalniettemin kan de waarnemer een nieuwe behandelingsovereenkomst met de patiënt sluiten, in welk geval artikel 6:76 BW toepassing mist.³²⁴ Of in het voorliggende geval van

318 Zie hoofdstuk 3, par. 3.2.3. Zie voorts HR 11 maart 1977, *NJ* 1977, 521 en HR 8 september 2000, *NJ* 2000, 734, met nt. A.R. Bloembergen (Baby Joost). Zie voor een voorbeeld Rechtbank Arnhem 3 februari 2010, *LJN* BL4385.

319 Parl. Gesch. Boek 6, p. 267.

320 KNMG, 'Handreiking verantwoordelijkheidsverdeling in de zorg', 2010.

321 RTG 's-Gravenhage 6 juli 2004, *TvGr* 2004, nr. 60; CTG 17 november 2005, zaaknr. 2004/070; CTG 1 april 2008, *GJ* 2008, 83, met nt. A.J.G.M. Janssen; RTG Amsterdam 6 april 2010, *LJN* YG0367; RTG Eindhoven 9 juni 2010, *LJN* YG0353; RTG Zwolle 6 januari 2011, *LJN* YG0810; RTG Zwolle 6 januari 2011, *LJN* YG0806 en CTG 5 juli 2011, *LJN* YG1331. Zie voor kritiek op die jurisprudentie M.M. ten Hoopen, 'Eigen taken, eigen fouten', *MC* september 2005, 60, nr. 39, p. 1548-1551. Inmiddels lijkt het CTG zich wat genuanceerder uit te laten: CTG 6 januari 2011, *LJN* YG0812; CTG 15 december 2011, *LJN* YG1623 en CTG 15 december 2011, *LJN* YG1628. Zie voor een voorbeeld waarin de taken van de regievoerende hoofdbehandelaar uiteen worden gezet CTG 17 april 2012, *TvGr* 2012, nr. 25. Zie ook W.R. Kastelein, 'Verantwoordelijkheid van de hoofdbehandelaar', *TvGr* 2012, nr. 5, p. 379.

322 Rechtbank Arnhem 3 februari 2010, *LJN* BL4385.

323 Dit lijkt de casus te zijn in Gerechtshof 's-Hertogenbosch 27 oktober 1966, *NJ* 1967, 19. Zie voor aansprakelijkheid van de arts voor zijn vervanger ook Gerechtshof 's-Hertogenbosch 17 mei 1988, *TvGr* 1990, nr. 85.

324 Zie hoofdstuk 3, par. 3.2.3

waarneming sprake is waarbij de patiënt geacht wordt de overeenkomst met de waargenomen arts te hebben gesloten en niet te hebben beëindigd bij afwezigheid van de arts – en de waarnemer dus als hulppersoon is te beschouwen – moet worden beoordeeld aan de hand van de omstandigheden van het geval en hetgeen partijen uit elkaars gedragingen hebben mogen afleiden.³²⁵ Uit de rechtspraak van de Hoge Raad kan worden opgemaakt dat daarbij de duur van de waarneming een rol speelt. Andere factoren die worden genoemd zijn de plaats waar de behandeling plaatsvindt (bij de waargenomen arts of in de praktijk van de waarnemend arts), de mededelingen die aan de patiënt zijn gedaan en de tenaamstelling van de rekening.³²⁶

Bedoelde rechtspraak van de Hoge Raad betrof de waarneming van een tandarts gedurende een periode van twee jaar. De waarnemer was niet in loondienst van de waargenomen arts, zo bleek uit het contract tussen de tandartsen. De waarnemer schoot tekort en de patiënt stelde de waargenomen arts aansprakelijk. De Hoge Raad overwoog ten aanzien van de contractuele verhouding ten opzichte van de patiënt als volgt: ‘(...) Daarbij is in de eerste plaats van belang dat een behandelingsovereenkomst door de patiënt in het algemeen zal worden aangegaan in verband met het vertrouwen dat hij stelt in de persoon van de behandelaar zelf. Waarneming door een arts of tandarts kan zich in vele vormen voordoen. Bij een langdurige waarneming als in het onderhavige geval aan de orde is, zal dit vertrouwensaspect veeleer in de richting van een overeenkomst met de behandelende waarnemer wijzen dan in die van een overeenkomst met de waargenomene, die met de patiënt geen contact meer heeft. Wanneer tussen de patiënt en de waargenomene reeds een contractuele relatie bestond, die meebrengt dat de arts in het kader daarvan verplicht was op verzoek van de patiënt behandelingsovereenkomsten te sluiten met betrekking tot de verrichtingen die de patiënt van hem mocht verwachten en die binnen zijn beroepsmatige mogelijkheden lagen, heeft dit enkele feit nog niet tot gevolg dat tijdens een latere waarneming zodanige behandelingsovereenkomsten geacht moeten worden niet met de waarnemer maar met de waargenomene te zijn gesloten. Dit zal slechts anders zijn, wanneer sprake is van een doorlopende overeenkomst waarin ook dit laatste gevolg besloten ligt.’³²⁷

325 HR 11 maart 1977, *NJ* 1977, 521.

326 Zie de Conclusie van A-G Bloembergen bij HR 10 januari 1997, *NJ* 1998, 544, met nt. C.J.H. Brunner.

327 HR 10 januari 1997, *NJ* 1998, 544, met nt. C.J.H. Brunner. Brunner is een andere mening toegedaan, zo blijkt uit zijn noot. Zie voor een vergelijkbare zaak Rechtbank Assen 18 april 2007, *LJN* BA3939.

Onder omstandigheden is toepassing van de regel van artikel 6:76 BW naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar.³²⁸ Uit de jurisprudentie kan worden afgeleid dat dit bijvoorbeeld aan de orde kan zijn, indien de patiënt van de arts of het ziekenhuis, al naar gelang met wie hij de behandelingsovereenkomst sloot, eist dat de behandeling door een andere arts wordt verricht, terwijl de patiënt weigert met de ‘hulp’arts zelf een overeenkomst te sluiten. Een dergelijke situatie is denkbaar indien alleen een behandeling door de eerste arts door de ziektekostenverzekeraar wordt vergoed en behandeling door de ‘hulp’arts niet. In een dergelijk geval kan de patiënt bij een toerekenbare tekortkoming van de ‘hulp’arts niet de contracterend arts of het contracterende ziekenhuis aanspreken.³²⁹

Een laatste opmerking over artikel 6:76 BW ziet op zijn betekenis voor de praktijk. De regeling van de centrale aansprakelijkheid (artikel 7:462 BW) maakt een onderzoek naar de vraag of er binnen de muren van een ziekenhuis een contract is waarbij de toegelaten arts gebruik maakt van een hulppersoon overbodig en maakt dat het onderscheid tussen hoofdbehandelaar en hulppersoon binnen de muren van een ziekenhuis slechts juridisch-theoretische waarde heeft; in al die gevallen kan het ziekenhuis worden aangesproken.³³⁰ Ook een onderzoek naar de vraag of er binnen de muren van een ziekenhuis een contract met de patiënt bestaat waarbij het ziekenhuis gebruik maakt van de hulp van een bij hem in dienst zijnde arts of dat de patiënt rechtstreeks met de arts contracteerde en hij dus niet als hulppersoon van het ziekenhuis is aan te merken, is overbodig. Desalniettemin is het van belang te benadrukken dat de regeling van de centrale aansprakelijkheid alleen geldt voor een krachtens artikel 5 van de Wet toelating zorginstellingen (WTZi) als ziekenhuis, verpleeginrichting of zwakzinnigeninrichting toegelaten instelling of afdeling daarvan, voor een academisch ziekenhuis alsmede voor een abortuskliniek in de zin van de Wet afbreking zwangerschap (Wafz).³³¹ Wordt hulp verleend in een ander kader (privékliniek, huisartspraktijk, tandartspraktijk), dan biedt artikel 6:76 BW nog steeds uitkomst.

B Toerekening op grond van artikel 6:77 BW

Artsen maken bij de uitvoering van de geneeskundige behandelingsovereenkomst gebruik van ‘medische hulpzaken’.³³² Dit geldt zowel voor de arts die op basis van een toelatings-

328 HR 21 mei 1999, NJ 1999, 733, met nt. J. Hijma.

329 Zie ter vergelijking een niet-medische zaak HR 21 mei 1999, NJ 1999, 733, met nt. J. Hijma, rov. 4.2.

330 Zie par. 4.4 over de centrale aansprakelijkheid van het ziekenhuis.

331 Wet van 20 oktober 2005 tot vereenvoudiging van het stelsel van overheidsbemoeienis met het aanbod van zorginstellingen (Wet toelating zorginstellingen), Stb. 2005, 571 en Wet van 1 mei 1981, houdende regelen met betrekking tot het afbreken van zwangerschap, Stb. 1981, 257.

332 Zie voor de definitie van zaak artikel 3:2 BW. Ze voorts artikel 3:3 BW voor het onderscheid tussen onroerende zaak en roerende zaak. Naar schatting bestaan er 500.000 verschillende soorten medische hulpmiddelen, zie B. Sluijters, ‘Wetgeving medische hulpmiddelen: een stand van zaken’, TvGr 2001, nr. 2, p. 57-66. Zie voor verschillende categorieën van medische hulpmiddelen ook G.J. Verkerke e.a. (Expertgroep Medische Tech-

overeenkomst in het ziekenhuis werkt als voor de arts met een eigen praktijk. Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan een instrument voor diagnostische of therapeutische doeleinden,³³³ een bloedproduct,³³⁴ een geneesmiddel,³³⁵ een implantaat,³³⁶ lichaamsmateriaal,³³⁷ evenals aan ‘nieuwe’ apparaten als de *health buddy* en de *motiva* in het kader van telezorg.³³⁸ Ook een ziekenhuis maakt ter uitvoering van de overeenkomst die het ziekenhuis met de patiënt sloot, gebruik van hulpzaken. Ten eerste kan worden gedacht aan het gebruik van hulpzaken ter uitvoering van aanpalende handelingen, zoals het gebruik van een ziekenhuisbed en het gebruik van het gebouw. Ten tweede kan worden gedacht aan de situatie dat het ziekenhuis aan de bij hem in dienst zijnde artsen zaken ter beschikking stelt ter uitvoering van de geneeskundige behandeling, zoals operatiemateriaal, röntgenapparatuur, protheses, implantaten, lichaamsmateriaal, bloed en geneesmiddelen of de operatiekamer. Schade kan ontstaan doordat een geneesmiddel niet de beoogde werking heeft of schadelijke bijwerkingen, de ingebrachte prothese afbreekt of het in of aan te brengen bloedproduct of lichaamsmateriaal is bedorven.³³⁹ Schade kan ook ontstaan doordat in de operatiekamer brand uitbreekt of het ziekenhuisgebouw instort. In dergelijke gevallen voldoet de zaak mogelijk niet aan de eisen die men met het oog op het gebruik bij de uitvoering van de geneeskundige behandeling aan de zaak mag stellen.

Uit onderzoek van het EMGO/NIVEL blijkt dat 0,8% van de potentieel vermijdbare zorggerelateerde schade mogelijk te maken heeft met het toepassen van medische technologie, waarbij implantaten (inbrengen van kunststoffen zoals nieuwe gewrichten) en de minimaal invasieve chirurgie (kijkoperaties) grotere risico's kennen.³⁴⁰ Uit onderzoek van de Expertgroep Medische Technologie blijkt dat een groot deel van de risico's gerelateerd aan het gebruik van medische hulpmiddelen niet door de technologie zelf wordt veroorzaakt, maar voortvloeit

nologie), Medische Technologie at risk? Onderzoek naar risico's bij medische technologie en mogelijkheden om deze te voorkomen of te reduceren, april 2012, p. 22.

333 Zie voor dit voorbeeld en andere voorbeelden artikel 1, eerste lid, onder a, Wmh.

334 Zie bijvoorbeeld artikel 1, eerste lid onder g, Wibv.

335 Zie bijvoorbeeld artikel 1, eerste lid, onder b tot en met u, Gmw.

336 Zie bijvoorbeeld artikel 1, eerste lid, onder b, Besluit actieve implantaten.

337 Zie bijvoorbeeld artikel 1, onder b, Wvkl.

338 Zie voor de uitleg van dergelijke apparaten M.C. Ploem, '(Thuis)zorg op afstand in juridisch perspectief', *TvGr* 2008, nr. 5, p. 312-327.

339 Zie voor risico's van medische hulpmiddelen G.J. Verkerke e.a. (Expertgroep Medische Technologie), Medische Technologie at risk? Onderzoek naar risico's bij medische technologie en mogelijkheden om deze te voorkomen of te reduceren, april 2012, p. 14-15 en 22.

340 M. Langelaan e.a., *Monitor Zorggerelateerde schade* 2008, Amsterdam/Utrecht: EMGO en NIVEL 2010, p. 13-14, 37-109. Tegen die achtergrond wordt opgemerkt dat het de verwachting is dat het gebruik van technologische hulpmiddelen en arrangementen, zoals domotica (technologie in huis), robotica, *e-health* en telezorg toeneemt, zie Centrum voor ethiek en gezondheid, Toekomstverkenning Ethiek en Gezondheid, Den Haag 2012, p. 15.

uit onzorgvuldigheden in het gebruik of de toepassing van de techniek, wat de onderzoekers *human factors* noemen.³⁴¹ Bovendien is sprake van een onderrapportage en/of onvolledige rapportage ten aanzien van incidenten met medische hulpmiddelen.³⁴²

Uit artikel 6:77 BW moet worden afgeleid dat wanneer bij de uitvoering van de behandelingsovereenkomst gebruik wordt gemaakt van een zaak die daartoe ongeschikt is, de tekortkoming die daardoor ontstaat de arts of het ziekenhuis wordt toegerekend, tenzij dit gelet op de inhoud en strekking van de rechtshandeling waaruit de verbintenis voortspuit, de in het verkeer geldende opvattingen en de overige omstandigheden van het geval, onredelijk zou zijn.

Onder vigeur van het Oud BW bestond een wettelijke regeling gebaseerd op risicoaansprakelijkheid van de gebruiker van een zaak niet, maar werd als regel aangenomen dat de schuldenaar had in te staan voor de deugdelijkheid van de bij de uitvoering van de verbintenis gebruikte hulpzaken. De aansprakelijkheid werd vrij absoluut aanwezig geacht: er was zonder meer aansprakelijkheid, indien de zaak ondeugdelijk bleek.³⁴³ Later werd deze regel door de Hoge Raad in twee arresten genuanceerd in die zin dat regel bleef dat aansprakelijkheid moest worden aangenomen, indien een bij de uitvoering van de verbintenis gebruikte zaak ondeugdelijk bleek te zijn, maar dat deze regel uitzondering kon lijden in verband met de aard van de overeenkomst, de verkeersopvattingen en de redelijkheid. Als voorbeeld noemde de Hoge Raad een geringe tegenprestatie aan de zijde van de schuldeiser of de omstandigheid dat de schuldeiser verzekerd was.³⁴⁴ Bij het ontwerpen van het Nieuw BW werd dan ook gekozen voor een formulering die aansloot bij de op dat moment heersende opvatting: wordt bij de uitvoering van een verbintenis gebruik gemaakt van een zaak die daartoe ongeschikt is, dan wordt de tekortkoming die daardoor ontstaat de schuldenaar toegerekend, *tenzij* dit gelet op de inhoud en strekking van de rechtshandeling waaruit de verbintenis voortspuit, de in het verkeer geldende opvattingen en de overige omstandigheden van het geval, onredelijk zou zijn, aldus artikel 6:77 BW. Een bijkomend argument voor de formulering van een

341 G.J. Verkerke e.a. (Expertgroep Medische Technologie), *Medische Technologie at risk? Onderzoek naar risico's bij medische technologie en mogelijkheden om deze te voorkomen of te reduceren*, april 2012, p. 13.

342 G.J. Verkerke e.a. (Expertgroep Medische Technologie), *Medische Technologie at risk? Onderzoek naar risico's bij medische technologie en mogelijkheden om deze te voorkomen of te reduceren*, april 2012, p. 13 en 32.

343 HR 21 maart 1947, *NJ* 1947, 383.

344 HR 5 januari 1968, *NJ* 1968, 102, met nt. G.J. Scholten en HR 13 december 1968, *NJ* 1969, 174, met nt. G.J. Scholten.

‘ontsnappingsmogelijkheid’ was dat inmiddels in Europees verband aandacht werd besteed aan een richtlijn inzake productenaansprakelijkheid, waarbij de producent van een product voor het gebrek daarvan aansprakelijk werd geacht, welke richtlijn implementatie behoeft in het BW.³⁴⁵

Toerekening van de tekortkoming is alleen dan aan de orde wanneer de medische zaak ongeschikt is.³⁴⁶ Het zal steeds afhangen van de omstandigheden van het geval of een zaak al dan niet aan de eisen voldoet.³⁴⁷ De patiënt dient ingevolge de hoofdregel van artikel 150 Rv hiertoe de feiten en omstandigheden aan te dragen. Wel is duidelijk dat een zaak niet alleen in het algemeen de vereiste eigenschappen dient te bezitten (de hoofdregel),³⁴⁸ maar ook die eigenschappen, die voor de specifieke uitvoering van de verbintenis vereist zijn.³⁴⁹ Dit is niet anders bij een medische hulpzaak.³⁵⁰

Uit de rechtspraak blijkt bijvoorbeeld dat een niet tegen terugklappen beveiligd medisch oefenapparaat als ongeschikt wordt aangemerkt evenals een slot dat kan openklappen, een lekkende borstprothese,³⁵¹ en een hydrogel plombe (soort kussentje in het oog) die zwelt en fragmenteert.³⁵² Daarentegen wordt een verlosbed waarvan het voeteneinde betrekkelijk snel naar beneden kan worden geduwd en onder het bed kan worden geschoven, niet als ondeugdelijk aangemerkt.³⁵³ Evenmin werden als ondeugdelijk aangemerkt een ‘microkeratoom’ (mechanisch instrument dat wordt gebruikt bij het laseren van ogen) die af en toe stagneerde,³⁵⁴ en een hartklep van het merk Advantage.³⁵⁵

345 Richtlijn 85/374/EEG, PbEG 1985, L 210/29. Zie Parl. Gesch. Boek 6, p. 270.

346 Parl. Gesch. Boek 6, p. 270. HR 13 december 1968, *NJ* 1969, 174, met nt. G.J. Scholten.

347 Zie voor de eisen Richtlijn 93/42/EEG van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 14 juni 1993 betreffende medische hulpmiddelen, bijlage I en II; de Wmh; de Gmw; het Bmh; het Besluit gesteriliseerde medische hulpmiddelen in ziekenhuizen; het Besluit actieve implantaten en het Besluit in vitro diagnostica. Zie ook B. Sluijters, ‘Wetgeving medische hulpmiddelen: een stand van zaken’, *TvGr* 2001, nr. 2, p. 57-66 over de procedure van goedkeuring van een medisch hulpmiddel. De eisen verschillen al naar gelang de klasse van het medisch hulpmiddel. Medische hulpmiddelen worden ingedeeld in klasse I, IIa, IIb of III volgens bijlage IX van de richtlijn (artikel 8 Bmh). Borstimplantaten en volledige heup-, knie- en schouderprothesen worden (altijd) ingedeeld in klasse III (artikel 8 Bmh).

348 HR 5 januari 1968, *NJ* 1968, 102, met nt. G.J. Scholten en HR 13 december 1968, *NJ* 1969, 174, met nt. G.J. Scholten.

349 B.J. Broekema-Engelen, Verbintenissenrecht (losbl.), aant. 8 bij art. 77 BW.

350 Zie voor een voorbeeld Rechtbank Breda 3 januari 2011, *LJN* BO9631. Zie anders Rechtbank Haarlem 25 februari 1986, *TvGr* 1987, nr. 29, maar gesanctioneerd door het Gerechtshof Amsterdam 7 januari 1988, *TvGr* 1989, nr. 99.

351 Zie Geschillencommissie Ziekenhuizen 15 mei 2006, *TvCR* 2007, p. 91; Rechtbank Breda 3 januari 2011, *LJN* BO9631 en Gerechtshof Arnhem 27 juni 2000, *VR* 2002, 112.

352 Rechtbank Arnhem 28 november 2012, *LJN* BY6606.

353 Rechtbank Rotterdam 2 maart 2011, *LJN* BP9372.

354 Rechtbank Rotterdam 23 november 2011, *LJN* BU9541.

355 Gerechtshof 's-Gravenhage 18 september 2012, *JA* 2012, 212, met nt. J.P.M. Simons.

Bovendien bestaat aansprakelijkheid alleen indien de medische hulpzaak (roerend en onroerend) door de arts of het ziekenhuis gebruikt is om de verbintenis waarin de tekortkoming is gelegen ten uitvoer te brengen,³⁵⁶ al behoeft dit enige nuancering: aansprakelijkheid bestaat ook wanneer de medische hulpzaak gebruikt werd door een hulppersoon van de arts of het ziekenhuis.³⁵⁷ Zo zal doorgaans de arts die bij het ziekenhuis in dienst is de medische hulpzaak gebruiken ter uitvoering van de geneeskundige behandeling die het ziekenhuis met de patiënt sloot. Het ziekenhuis is vervolgens ingevolge artikel 6:74 BW in samenhang gelezen met artikel 6:76 BW aansprakelijk voor een tekortkoming van de arts of het personeel, als ware het zijn eigen tekortkoming. Het vereiste dat artikel 6:77 BW alleen van toepassing is, wanneer de medische hulpzaak werd gebruikt om de verbintenis waarin de tekortkoming is gelegen ten uitvoer te brengen, brengt met zich dat de arts niet op grond van artikel 6:77 BW aansprakelijk is, indien het ziekenhuis de hulpzaak gebruikte ter uitvoering van een tussen het ziekenhuis en de patiënt gesloten behandelingsovereenkomst.³⁵⁸ Zo zal bijvoorbeeld de toegelaten arts met wie de patiënt een behandelingsovereenkomst sloot, niet op grond van artikel 6:77 BW aansprakelijk zijn voor een gebrek van het ziekenhuisbed, indien dat bed ter beschikking werd gesteld in het kader van de contractuele verplichting van het ziekenhuis de patiënt te verzorgen.³⁵⁹ Andersom zal het *ziekenhuis* niet aansprakelijk zijn, indien de hulpzaak werd gebruikt door de toegelaten arts met wie de patiënt een behandelingsovereenkomst sloot.

Het vereiste dat artikel 6:77 BW alleen van toepassing is wanneer de medische hulpzaak werd gebruikt om de verbintenis waarin de tekortkoming is gelegen ten uitvoer te brengen, brengt voorts met zich dat van het begrip ‘hulpzaak’ in deze context is uitgesloten de ter uitvoering van geneeskundige behandelingsovereenkomst aan de patiënt slechts afgeleverde zaak.³⁶⁰ Is sprake van een gebrek in een door de arts ‘geleverde zaak’, dan moet aansprakelijkheid van de arts worden beoordeeld aan de hand van louter artikel 6:74 BW (of artikel 7:17 BW consumentenkoop) en ligt ter beantwoording voor of de arts als contractant moet worden beschouwd ter zake de verplichting tot levering van de zaak. Bovendien kan de arts onder omstandigheden in een dergelijk geval ook als leverancier van een product worden beschouwd en kan hij aansprakelijk zijn op grond van de bepalingen van de productenaansprakelijkheid, artikel 6:187, vierde lid, BW.³⁶¹ Het is veelal duidelijk dat de arts operatiemateriaal, röntgenapparatuur en dergelijke ‘gebruikt’ ter uitvoering van de geneeskundige behandeling. Bij het gebruik van prothesen, het aanwenden van niet eigen

356 Parl. Gesch. Boek 6, p. 269.

357 Parl. Gesch. Boek 6, p. 272. Zie ook B.J. Broekema-Engelen, Verbintenissenrecht (losbl.), aant. 6 bij art. 77 BW, met verwijzing naar (niet-medische) rechtspraak.

358 Parl. Gesch. Boek 6, p. 271.

359 Zie hoofdstuk 3, par. 3.2.3.

360 Zie over ‘afgeleverde zaken’ ook Asser/Hartkamp & Sieburgh, 6-I* 2012, nr. 351-352.

361 Zie uitvoerig daarover hoofdstuk 5 par. 5.3.2.

lichaamsmateriaal, bloed of hormonen, kan het onderscheid tussen levering en gebruik daarentegen gecompliceerder liggen, omdat strikt genomen sprake is van het overdragen en achterlaten van een zaak in het lichaam van de patiënt. Uit de jurisprudentie moet worden afgeleid dat, indien het in- of aanbrengen van een prothese onderdeel is van een meer omvattende geneeskundige behandeling ook deze zaak als ‘hulpzaak’ moet worden gekwalificeerd en artikel 6:77 BW van toepassing is. Hetzelfde geldt mijns inziens voor lichaamsmateriaal, bloed of hormoonpreparaten, nu ook dit zaken zijn die in het kader van een meer omvattende behandeling in het lichaam van de patiënt worden gebracht. Voor borstprothesen geldt mogelijk een uitzondering wanneer de patiënt in kwestie een verandering van borstomvang wenste en de prothese geen deel uitmaakte van de genezing van de patiënt. Onduidelijk is nog in hoeverre in het kader van telezorg aan de patiënt ter beschikking gestelde apparaten worden gebruikt of geleverd. De *health buddy* bijvoorbeeld, aan handcomputer die het doel heeft met de patiënt te communiceren over zijn gezondheidstoestand, kan gezien worden als geleverde zaak.³⁶² Ook voor dat apparaat geldt echter dat het deel uitmaakt van de behandeling van de patiënt en kan mijns inziens dus als hulpzaak worden aangemerkt in de zin van artikel 6:77 BW.

Het Gerechtshof Amsterdam bijvoorbeeld kwalificeerde de geïmplanteerde pacemaker als een hulpzaak, hoewel de patiënt had betoogd dat het ging om verkoop en levering van een zaak, waarbij het ziekenhuis als contractant beschouwd moest worden en de behandelend arts als zijn hulppersoon. Het hof overwoog dat de strekking van de overeenkomst kennelijk was het doen implanteren van een pacemaker door de cardioloog, opdat de hartklachten van de patiënt zouden verminderen. Gelet op deze strekking lag in de overeenkomst het accent op de behandeling door de specialist en de daarbij komende ziekenhuisvoorzieningen, aan welke elementen de levering van de pacemaker ondergeschikt was. In het kader van de totale overeenkomst diende de pacemaker daarom te worden aangemerkt als een hulpzaak.³⁶³

Anders oordeelde de Rechtbank Maastricht in 1996 in een zaak aangaande de implantatie van borstprothesen.³⁶⁴ Naar het oordeel van de rechtbank waren de prothesen niet te beschouwen als hulpzaak, maar als afgeleverde zaak, nu de zaak niet als hulpmiddel werd gebruikt bij de uitvoering van de verbintenis, maar verschaft als een van de prestaties waartoe de arts zich had verbonden. De rechtbank achtte de arts aansprakelijk omdat de verschaft zaak gebrekkig

362 Zie over hulpzaken in het kader van telezorg M.C. Ploem, '(Thuis)zorg op afstand in juridisch perspectief, *TvGr* 2008, nr. 5, p. 312-327.

363 Gerechtshof Amsterdam 7 januari 1988, *TvGr* 1989, nr. 99.

364 Rechtbank Maastricht 15 februari 1996, te kennen uit HR 28 mei 1999, *NJ* 1999, 614.

was en niet voldeed aan de verplichting uit overeenkomst: het verschaffen van een deugdelijke zaak. De arts ging in hoger beroep en de patiënt vervolgens in cassatie. In dit hoger beroep, noch in cassatie kwam de grond voor de schadevergoeding aan de orde. Wel werd in cassatie geoordeeld dat het Hof, dat alle door de patiënte aangevoerde en niet prijsgegeven gronden voor haar vordering in zijn beoordeling diende te betrekken, zich niet ertoe had mogen beperken te onderzoeken of het aanbrengen van (niet navulbare) prothesen al dan niet een wanprestatie of onrechtmatige daad opleverde. Gelet op de stellingen die de patiënte aan haar vordering ten grondslag had gelegd, had het hof ook dienen te onderzoeken of de arts ondeugdelijke prothesen had aangebracht en/of de arts bij dat aanbrengen, en bij de daaropvolgende behandeling, was tekortgeschoten en of, zo van een tekortkoming van de arts sprake mocht zijn, die tekortkoming dan aan de arts moest worden toegerekend. Nu het hof dit in het midden had gelaten, slaagde de motiveringsklacht. De Hoge Raad verwees de zaak ter beoordeling op dit punt naar het Gerechtshof Arnhem. Dit hof oordeelde dat in het totaal van de medische behandeling de protheses slechts een onderdeel vormden van een veel meer omvattende geneeskundige behandeling, waarvan de protheses het bijzondere doel hadden om de fysieke en psychische gevolgen van de amputatie van de borsten zo veel als mogelijk was te helen c.q. te verzachten. De arts had daarom voor de deugdelijkheid in te staan en een gebrek in de prothese mocht hem worden toegerekend.³⁶⁵

Wanneer de patiënt kan aantonen dat de hulpzaak ongeschikt was en de zaak gebruikt is bij de behandelingsovereenkomst waarin de tekortkoming is gelegen, dan behoeft vervolgens beantwoording of de arts of het ziekenhuis zich op een bevrijdend verweer kan beroepen; van de hoofdregel van artikel 6:77 BW kan immers worden afgeweken, wanneer toerekening onredelijk zou zijn gezien de inhoud en strekking van de rechtshandeling waaruit de verbintenis voortspuit, de in het verkeer geldende opvattingen en de overige omstandigheden van het geval. Het is aan de arts en het ziekenhuis om de onredelijkheid van de toerekening te stellen en, bij betwisting, te bewijzen. Hierna wordt bezien in welke situaties een zodanige stelling succesvol kan zijn.

³⁶⁵ Gerechtshof Arnhem 27 juni 2000, VR 2002, 112, rov. 3.7 (Borstprothese-arrest). Zie voor prothesen als hulpzaak ook R.P. Wijne, 'Wie betaalt de schade van de patiënt in geval van een disfunctionerende prothese?', TvGr 2012, nr. 4, p. 297-311.

I *Inhoud en strekking van de rechtshandeling*

Artikel 6:77 BW is tot stand gekomen in het licht van twee kort daarvoor door de Hoge Raad gewezen arresten.³⁶⁶ In deze zaken stond een resultaatsverbintenis centraal. In medische zaken daarentegen wordt veelal uitgegaan van een inspanningsverplichting van de arts; hij zal genezing van een patiënt niet kunnen garanderen, maar zich 'slechts' zo goed mogelijk moeten inspannen om de patiënt beter te maken.³⁶⁷ Tegen deze achtergrond is het veelal gebezigde argument dat de aard van de verplichting een reden is om van de hoofdregel van artikel 6:77 BW af te wijken; door een reactie van het menselijk lichaam zou de zaak – bijvoorbeeld een prothese – ongeschikt kunnen blijken, terwijl de hulpverlener de patiënt niet verkeerd hoeft te hebben behandeld, noch bekend was met het feit dat de zaak (op termijn) ongeschikt zou worden. De tekortkoming zou hem dan niet mogen worden toegerekend.³⁶⁸ De hulpverlener lijkt met deze stellingname de wetgever aan zijn zijde te hebben.³⁶⁹ De eerste jurisprudentie getuigt van een zelfde terughoudendheid.

Als voorbeeld dient een vonnis van de Rechtbank 's-Hertogenbosch. Aan de orde was de vraag of de arts aansprakelijk kon zijn voor (de schade die het gevolg was van) de scheur in de knieprothese, welke scheur twee jaar na implantatie was opgetreden. De patiënte meende van wel en beriep zich op artikel 11 van de modelregeling arts-patiënt van de KNMG, waarin is vermeld dat de arts ervoor zorg dient te dragen dat gebruik wordt gemaakt van deugdelijke en geschikte materialen bij operaties. De rechtbank daarentegen overwoog als volgt: 'Omdat het hier gaat om een overeenkomst tussen partijen waarbij de arts zich verplichtte om naar behoren bij de patiënt een knie-operatie te verrichten en voorts niets is gesteld omtrent een daarbij overeengekomen garantie van de arts terzake de duurzaamheid van het gebezigde materiaal, valt niet in te zien waarom de arts voor de na twee jaar ontdekte scheur in de prothese aansprakelijk zou kunnen zijn. De verbintenis die de arts is aangegaan is immers slechts een inspanningsverplichting en die is hij nagekomen. Een redelijke uitleg van deze inspanningsverplichting leidt niet tot het aannemen van een garantie dat breuken of scheuren als gevolg van de op dat moment onbekende zwakten in het materiaal van de prothese niet zullen optreden.'³⁷⁰

366 HR 5 januari 1968, *NJ* 1968, 102, met nt. G.J. Scholten en HR 13 december 1968, *NJ* 1969, 174, met nt. G.J. Scholten.

367 Zie ook par. 4.2.2.2.

368 Zie voor een voorbeeld van deze stelling Rechtbank Arnhem 28 november 2012, *LJN* 6606, rov. 2.28.

369 Parl. Gesch. Boek 6, p. 271.

370 Rechtbank 's-Hertogenbosch 28 januari 1994, rolnr. 1769/92 (niet gepubliceerd). Zie voor een voorbeeld waarin een hulpverlener niet aansprakelijk kon worden gehouden voor het preparaat Armour dat gebruikt werd bij hemofilie-patiënten: Rechtbank Amsterdam 23 januari 1992, *KG* 1992, 62. Volgens de rechter was het onredelijk de tekortkoming toe te rekenen, omdat de hulpverlener geen kennis kon hebben van de pro-

Toch is het menselijk lichaam niet altijd een factor die van invloed is op de geschiktheid van de zaak. Zo zal het niet aan het lichaam van de patiënt liggen dat het röntgenapparaat stukt, dat een operatiemes breekt of dat een prothese lekt. In de literatuur wordt dan ook aangenomen dat een inspanningsverplichting er niet aan in de weg hoeft te staan dat de hulpverlener heeft in te staan voor de deugdelijkheid van medische hulpzaken en zal een tekortkoming door de ongeschiktheid van de zaak voor zijn risico kunnen komen.³⁷¹ Er is immers een onderscheid te maken tussen de uitvoering van de geneeskundige behandeling, waarvan wellicht het resultaat onzeker is, en de aanwending van zaken die weliswaar ter volbrenging van de behandeling dienen, maar op zich geen onzekerheid met zich brengen.³⁷² In dit standpunt kan ik mij vinden.

II *In het verkeer geldende opvattingen en overige omstandigheden van het geval*

Een andere veel ingenomen stelling van de arts of het ziekenhuis is dat toerekening van de tekortkoming volgens de maatschappelijke opvatting onredelijk is, omdat de hulpverlener de ongeschiktheid van de – doorgaans roerende – zaak kende, noch behoefde te kennen, de ongeschiktheid buiten zijn toedoen is ontstaan en dat aansprakelijkheid van de producent van de hulpzaak meer voor de hand ligt.³⁷³ Deze stelling wordt veelal onderbouwd met een beroep op de zienswijze van de wetgever bij de totstandkoming van artikel 6:77 BW. Bij zowel de parlementaire behandeling van het Nieuw BW als de behandeling van Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW, is uitvoerig aan de orde gekomen of de hulpverlener een beroep moet kunnen doen op de uitzondering van artikel 6:77 BW en heeft de wetgever de mogelijkheid de producent (in de eerste plaats) aansprakelijk te houden, opengelaten, bij een ‘ook voor de deskundige gebruikers niet te onderkennen gebrek’ van een zaak.³⁷⁴ Bezien tegen de achtergrond van de implementatie van de Europese richtlijn inzake producten-aansprakelijkheid en de worsteling met de invloed die de aansprakelijkheid van de producent zou moeten hebben op de aansprakelijkheid van anderen die met een gebrekkig product van doen konden hebben, is de opvatting van de wetgever begrijpelijk. De wetgever wilde

blemen met het preparaat gezien de stand van de wetenschap. Overigens is onduidelijk of dit vonnis werd gewezen tegen de achtergrond van artikel 6:77 BW.

371 Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* 2009, nr. 456 en de daar genoemde literatuur; S.C.J.J. Kortmann in: Aansprakelijkheid voor medische fouten, Lelystad: Koninklijke Vermande 1991, p. 25-28; R.M. Schoonenberg, ‘De aansprakelijkheid voor gebrekkige medische hulpmiddelen; stand van zaken’, *TvGr* 1987 (maart/april), p. 81-92; E.H. Hondius, ‘Productenaansprakelijkheid in het ziekenhuis’, *TvGr* 1990, nr. 7, p. 422 en A.J. Van, ‘De aansprakelijkheid voor gebrekkige medische hulpmiddelen- Implanon revisited’, *TVP* 2011, nr. 2, p. 44-49. Vergelijk de bewaarnemer die heeft in te staan voor de goede werking van de koelruimte: HR 28 november 1997, *NJ* 1998, 168. Zie voorts voor voorbeelden Gerechtshof Arnhem 27 juni 2000, *VR* 2002, 112 (Borstprothese-arrest); Rechtbank Arnhem 28 juli 2010, *LJN* BN3376 en Rechtbank Breda 3 januari 2011, *LJN* BO9631.

372 T. Vansweevelt, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis* (diss. Antwerpen), Antwerpen: Maklu, derde druk 1997, p. 637.

373 Zie voor een voorbeeld van deze stelling Rechtbank Arnhem 28 november 2012, *LJN* BY6606, rov. 2.28.

374 Parl. Gesch. Boek 6, p. 94.

een overlap van verschillende aansprakelijkheden met betrekking tot een ongeschikte roerende zaak vermijden. Overlap met de aansprakelijkheid van de producent bleek echter mogelijk, omdat medicijnen, protheses, operatiemateriaal, bloed en lichaamsmateriaal – zowel ‘roerende zaak’ als ‘product’³⁷⁵ – bij gebleken onveiligheid – en dus zowel ‘ongeschikt’ als ‘gebrekkig’³⁷⁶ – niet alleen onder de reikwijdte van artikel 6:77 BW vielen, maar ook onder de reikwijdte van de wettelijke bepalingen inzake productaansprakelijkheid.³⁷⁷ De gedachte van de wetgever was kennelijk dat in het geval zich een voor de hulpverlener niet te onderkennen veiligheidsgebrek openbaart – te denken valt aan het lekken van een prothese in het lichaam van de patiënt – de tekortkoming de hulpverlener op grond van de verkeersopvatting niet zou kunnen worden toegerekend. De patiënt zou in dat geval zijn gezondheidsschade in de eerste plaats op de producent van het product moeten verhalen.³⁷⁸

Hoewel de hulpverlener zich aldus gesteund weet door de opvatting van de wetgever, is het de vraag of die opvatting nog zonder meer kan worden gevolgd. De wetgever heeft bij artikel 6:77 BW niet gekozen voor een vastomlijnde regeling waarbij een samenloop tussen de aansprakelijkheid van de contractsluitende partij en aansprakelijkheid van de producent is uitgesloten (zoals het geval is bij artikel 6:173 BW en artikel 7:24 BW), maar het aan de rechter overgelaten om te bezien of in een voorkomend geval de hulpverlener een beroep toekomt op de uitzonderingsgrond. Op die wijze zou immers rekening kunnen worden gehouden met de altijd in beweging zijnde maatschappelijke opvattingen.³⁷⁹ Omstandigheden als de keuzevrijheid voor de zaak (bij wie ligt die vrijheid),³⁸⁰ de rechtszekerheid (hoe wordt deze gediend), de vergroting van de activiteiten door het gebruik van een zaak (wie zijn activiteiten kan vergroten moet ook het risico dragen), de eenvoud van het verhaal van de risicodragers vanwege een verzekering of een contract met een leverancier of producent,³⁸¹ de draagkracht van de schuldenaar en de omvang van de schade in relatie tot de

375 Zie thans artikel 6:187 BW.

376 Zie thans artikel 6:186 BW.

377 Zie ook L. Dommering-van Rongen, *Productaansprakelijkheid, een rechtsvergelijkend overzicht*, Deventer: Kluwer 2000, p. 112.

378 Parl. Gesch. Boek 6, p. 270-271. Zie ook Kamerstukken II 1989/90, 21561, nr. 3 (MvT).

379 Parl. Gesch. Boek 6, p. 272. Zie ook P. Memelink, *De verkeersopvatting* (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 53-54.

380 HR 25 maart 1966, *NJ* 1966, 279, met nt. G.J. Scholten; HR 13 december 1968, *NJ* 1969, 174; HR 15 mei 1981, *NJ* 1981, 641, met nt. C.J.H. Brunner; Rechtbank Maastricht 15 februari 1996, te kennen uit HR 28 mei 1999, *NJ* 1999, 614 en Rechtbank 's-Hertogenbosch 15 juni 2005, *JBPr* 2005, 75, met nt. J.S. Kortmann en Rechtbank 's-Hertogenbosch 15 juni 2005, *LJN* AT7382 (Implanon). Zie ook (in algemene zin) Asser Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, nr. 351.

381 Parl. Gesch. Boek 6, p. 268-270. Zie B.J. Broekema-Engelen, *Verbintenissenrecht (losbl.)* aant. 11 bij art. 77 BW, voor een verwijzing naar diverse literatuur.

contraprestatie van de schuldeiser,³⁸² de deskundigheid van partijen en de samenloop met artikel 6:173 BW, spelen daarbij een rol.³⁸³

Een en ander in ogenschouw genomen wordt geconstateerd dat de omstandigheid dat de arts en het ziekenhuis doorgaans de keuze voor de te gebruiken zaak maken, voor toepassing van de hoofdregel pleit. Een ziekenhuis bijvoorbeeld krijgt van de Nederlandse Zorgautoriteit (NZa) jaarlijks een budget toegewezen, dat uit verschillende componenten is samengesteld, zoals het aantal inwoners van het verzorgingsgebied van het ziekenhuis, het aantal bedden van het ziekenhuis en de verwachte productie die een ziekenhuis zal draaien. Het is bij uitstek het ziekenhuis dat tegen de achtergrond van het hem ter beschikking gestelde ziekenhuisbudget met behulp van ter zake deskundig personeel keuzes maakt voor bepaalde hulpzaken. Voorts zal in de meeste gevallen het ziekenhuis overgaan tot het bestellen van protheses, medicijnen, onderzoeksapparatuur, bloedproducten en lichaamsmateriaal. Met het gebruik van de gekozen hulpzaak kan de arts meer, of andere, geneeskundige handelingen verrichten, een tweede omstandigheid die voor toepassing van de hoofdregel pleit: waar de (vergrote) activiteit ligt moet het risico worden gedragen. De patiënt zal daarentegen, als hij al een keuze heeft, vaak afgaan op het advies van de arts, hetgeen mede wordt verklaard door het feit dat de arts als deskundige partij wordt gezien en de patiënt als ondeskundige partij. Ook de deskundigheid van de hulpverlener pleit dus voor toepassing van de hoofdregel.³⁸⁴ Deze opvatting vindt navolging in de rechtspraak.

Het Gerechtshof Arnhem bijvoorbeeld oordeelde dat, behoudens bijzondere omstandigheden, de als regel niet deskundige patiënt de arts verantwoordelijk mocht houden voor de keuze en het betrekken van de soort en het merk van de borstprothesen en de feitelijke implantatie daarvan.³⁸⁵

Heeft echter de patiënt een bepaald merk of type zaak gekozen, dan wordt een beroep op de uitzondering rechtvaardig geacht.

Een voorbeeld betreft de ‘Implanon-zaken’, in welke gevallen de patiënte de keuze had gemaakt voor implementatie van het zogeheten ‘Implanon- staafje’ als middel ter voorkoming van zwangerschap. De Rechtbank ’s-Hertogenbosch overwoog op het punt van de keuzevrijheid als volgt: ‘Ook de subsidiaire

382 HR 13 december 1968, NJ 1969, 174.

383 Zie (in algemene zin) Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, nr. 351.

384 Zie ook B.J. Broekema-Engelen, *Verbintenissenrecht* (losbl.), aant. 15 bij art. 77 BW.

385 Gerechtshof Arnhem 27 juni 2000, VR 2002, 112 (Borstprothese-arrest). Zie ook Rechtbank Breda 3 januari 2011, LJN BO9631 (aansprakelijkheid ziekenhuis). Zie kennelijk anders, doch mijns inziens ten onrechte, Rechtbank ’s-Hertogenbosch 21 juli 2010, L&S 2011, 125.

grondslag van de vorderingen tegen de artsen moet worden verworpen. De in art. 6:77 BW bedoelde aansprakelijkheid voor ongeschikte hulpzaken geldt alleen indien de schuldenaar de keuzevrijheid heeft om naar eigen inzicht hulpmiddelen in te schakelen. Dat was hier niet het geval. De vrouwen hebben immers zelf voor het product Implanon gekozen en een Implanonverpakking gekocht met daarin een applicator. Die verpakking is overhandigd aan de artsen, die geen andere keuze hadden dan die applicator te gebruiken omdat het staafje daar al in zat.³⁸⁶

Op toepassing van de hoofdregel (aansprakelijkheid van de hulpverlener) wijst in beginsel ook de omstandigheid dat ziekenhuizen (altijd) verzekerd tegen het risico van aansprakelijkheid, welke verzekering mede omvat de aansprakelijkheid voor het gebruik van hulpzaken, en dat doorgaans de toegelaten arts meeverzekerd is op de polis van het ziekenhuis. Voorts zal de als solist werkende arts, zoals een huisarts, waar de plicht tot schadevergoeding wegens het ontbreken van een grote ziekenhuisdekking harder kan worden gevoeld, doorgaans geen gebruik maken van in potentie grote schade veroorzakend operatiemateriaal, noch brengt hij protheses in.³⁸⁷ Overigens zal ook de solistisch werkende arts meestal een verzekering ter dekking van aansprakelijkheid hebben afgesloten en valt daar (veelal) ook onder aansprakelijkheid wegens gebruikte zaken. De opvatting dat de verzekeraarbaarheid meeweegt bij een oordeel over de toerekenbaarheid van de tekortkoming vindt van oudsher steun in de rechtspraak.³⁸⁸ Daar komt bij dat bij het aankopen van de medische hulpzaak door de hulpverlener contact zal zijn gelegd met een producent en zal de hulpverlener met de producent een contract hebben gesloten. Naast de mogelijkheid om schade te verhalen op een verzekering, lijkt ook om deze reden verhaal voor de hulpverlener eenvoudiger dan voor de patiënt, die zich immers niet op een contract kan beroepen.³⁸⁹ Het is moeilijk aan een patiënt uit te leggen, dat hij voor schade als gevolg van een veiligheidsgebrek in een product bij een producent moet aankloppen met wie hij geen relatie heeft.³⁹⁰ Dit klemmt te meer gezien het feit dat met Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW een vorm van mede-aansprakelijkheid van het ziekenhuis is ingevoerd om aansprakelijkheid te kanaliseren naar één herkenbaar (rechts)persoon.³⁹¹ Het klemmt eveneens gezien de twee jaar kortere verjarings-

386 Rechtbank 's-Hertogenbosch 15 juni 2005, *JBPr* 2005, 75, met nt. J.S. Kortmann, rov. 3.27 en Rechtbank 's-Hertogenbosch 15 juni 2005, *LJN* AT7382, rov. 4.27. Zie voor het hoger beroep: Gerechtshof 's-Hertogenbosch 28 augustus 2007, *LJN* BB2385. Inmiddels is een schikking bereikt.

387 Een uitzondering betreft de Implanon-staafjes.

388 Zie reeds HR 5 januari 1968, *NJ* 1968, 102, met nt. G.J. Scholten (toerekening aan de schuldeiser).

389 Dit kan overigens anders zijn, indien de producent aansprakelijkheid door een exoneration heeft uitgesloten. Zie artikel 6:192 BW: exoneration ten opzichte van een professionele partij is mogelijk.

390 Zie voor deze opvatting ook Parl. Gesch. Boek 6, InvW, p. 1390 en voorts Kamerstukken II 1990/91, 21561, nr. 5, p. 43 (Voorlopig Verslag).

391 Zie par. 4.4.

termijn van de regeling der productenaansprakelijkheid (artikel 6:191 BW),³⁹² die de patiënt duur kan komen te staan en de rechtszekerheid aantast.

Zie voor een voorbeeld ter verduidelijking van de consequenties die een andere opvatting met zich brengt de zaak waarin een gebroken ballonkatheter schade veroorzaakte. De patiënt had zowel de producent als het ziekenhuis aansprakelijk gesteld. De vordering op de producent bleek evenwel verjaard en bij het ziekenhuis ving de patiënt bot, omdat de rechtbank oordeelde dat het niet redelijk was het ziekenhuis aansprakelijk te houden voor de breuk van de katheter. De patiënt kwam aldus met lege handen te staan, terwijl op zich duidelijk was dat het niet zijn lichaam was dat invloed had gehad op de breuk van de katheter.³⁹³

De eenvoud van het verhaal lijkt met name ook voor toepassing van de hoofdregel te pleiten wanneer de toedracht onduidelijk is. Kenmerkend voor de ‘medische hulpzaak’ is dat deze veelal deel uitmaakt van een meeromvattende overeenkomst. Er komt menselijk handelen aan te pas, met alle risico’s van dien. Sterker nog, uit onderzoek blijkt dat een groot deel van de aan het gebruik van medische technologie verbonden risico’s voortvloeit uit onzorgvuldigheden in het gebruik of de toepassing van de techniek door de arts. Uit datzelfde onderzoek blijkt bovendien dat incidenten met medische hulpmiddelen onvolgende worden gemeld.³⁹⁴ De consequentie hiervan is dat de patiënt vaak niet weet wat de oorzaak van zijn schade was; is dit het falen van de arts bij het gebruik van de zaak of kwam het doordat de zaak gebrekkig was? Bij onduidelijkheid ligt in eerste instantie de aansprakelijkheid van de arts of het ziekenhuis voor de hand. De hulpverlener mag immers geacht worden beter dan de patiënt in staat te zijn om feiten en omstandigheden aangaande de toedracht te verschaffen en tegenover de producent te onderbouwen.³⁹⁵ De opvatting dat de hulpverlener aansprakelijk is, indien hij geen duidelijkheid kan verschaffen, sluit aan bij de jurisprudentie aangaande de verzwaarde motiveringsplicht.³⁹⁶

Een voorbeeld van toerekening van een tekortkoming door een ongeschikte zaak wegens onduidelijkheid over de toedracht betreft het arrest van het Gerechtshof Arnhem inzake een gebrekkige borstprothese. In casu was

392 Zie hoofdstuk 7, par. 7.4.3.

393 Rechtbank ’s-Hertogenbosch 21 juli 2010, *L&S* 2011, 125.

394 G.J. Verkerke e.a. (Expertgroep Medische Technologie), *Medische Technologie at risk? Onderzoek naar risico’s bij medische technologie en mogelijkheden om deze te voorkomen of te reduceren*, april 2012, p. 13 en 32.

395 B.J. Broekema-Engelen, *Verbintenissenrecht* (losbl.), aant. 11 bij art. 77 BW. Zie ook M.A. Goslings, ‘Medische aansprakelijkheid: een stand van zaken’, *TvGr* 1995, nr. 4, p. 202.

396 Zie par. 4.2.2.3 over de verzwaarde motiveringsplicht van de hulpverlener.

onduidelijk of het lek in de prothese was ontstaan door toedoen van de arts of dat de ongeschiktheid in de prothese zelf was gelegen. Het hof overwoog dat de arts in een dergelijk geval had moeten documenteren wat hij zelf had gedaan, dan wel had moeten onderzoeken of het product gebrekkig was en dat de arts de patiënt aanknopingspunten had moeten verschaffen om de door de arts beweerde gebrekkigheid van het product met succes tegenover de fabrikant aan te tonen. Door dit na te laten, kwam de tekortkoming volledig voor rekening van de arts.³⁹⁷

Indien de hulpverlener de patiënt wel duidelijkheid kan verschaffen over de toedracht en daaruit blijkt van een veiligheidsgebrek in een product dat reeds aanwezig was ten tijde van het in het verkeer brengen van het product, ligt aansprakelijkheid van de producent meer voor de hand waarmee ook toepassing van de uitzondering van artikel 6:77 BW meer voor de hand ligt. Een en ander sluit aan bij de jurisprudentie op dit punt: bekendheid van de patiënt met de producent en met het feit dat het gaat om een veiligheidsgebrek in het product, kan reden zijn om de hulpverlener van aansprakelijkheid te ontslaan, zeker indien de producent zich tegenover de patiënt bereid heeft verklaard de schade van de patiënt te vergoeden.

Een voorbeeld hiervan betreft de eerder aangehaalde zaak inzake de gebrekkige pacemaker. In dat geval had de producent zich bekend gemaakt, sterker nog hij had de gebrekkige pacemaker reeds vergoed. Onder die omstandigheden lag het voor de hand om de producent aan te spreken, aldus het Gerechtshof Amsterdam.³⁹⁸

Mogelijke samenloop met artikel 6:173 BW lijkt in eerste instantie te pleiten voor toepassing van de uitzondering (geen aansprakelijkheid). In artikel 6:173, tweede lid, BW is bepaald dat de bezitter van een roerende zaak voor de door de gebrekkigheid van de zaak veroorzaakte schade niet aansprakelijk is, indien sprake is van een veiligheidsgebrek in een product.³⁹⁹ De hulpverlener kan in principe worden aangesproken op grond van zijn kwalitatieve hoedanigheid als bezitter van een roerende zaak.⁴⁰⁰ In het geval de schade is veroorzaakt door een veiligheidsgebrek in een product zou de hulpverlener die op grond van artikel 6:173 BW wordt aangesproken niet aansprakelijk zijn, terwijl dit op grond van artikel 6:77 BW nog maar de vraag zou zijn. Dit zou een (ongerechtvaardigd) onderscheid

397 Gerechtshof Arnhem 27 juni 2000, VR 2002, 112 (Borstprothese-arrest).

398 Gerechtshof Amsterdam 7 januari 1988, TvGr 1989, nr. 99. Zie ook Rechtbank 's-Hertogenbosch 21 juli 2010, L&S 2011, 125.

399 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 8 maart 2006, VR 2006, 38.

400 Zie par. 4.3.4.3.

met zich kunnen brengen. Doorgaans echter is van een contractuele rechtsverhouding sprake en zal de patiënt zich niet snel op artikel 6:173 BW beroepen. Voorts werd bij de parlementaire behandeling van de regeling betreffende de centrale aansprakelijkheid van het ziekenhuis opgemerkt dat ter bepaling van aansprakelijkheid aansluiting moest worden gezocht bij artikel 6:77 BW en dat artikel 6:77 BW moest prevaleren ten opzichte van artikel 6:173 BW.⁴⁰¹ Bovendien gaat de beschermingsgedachte die achter artikel 6:173 BW schuilgaat, niet op voor de hulpverlener die een behandelingsovereenkomst heeft gesloten met de patiënt. Er is immers een contractuele relatie die gekenmerkt wordt door een basis van vertrouwen. Die relatie is, behoudens bijzondere omstandigheden, afwezig in het geval van de bezitter van de roerende zaak en een willekeurig slachtoffer. Bij tweede lezing lijkt dan ook de hoofdregel te prevaleren.

Uit de parlementaire geschiedenis van artikel 6:173 BW blijkt dat de reden voor de uitzondering op de aansprakelijkheid van de bezitter in geval van een veiligheidsgebrek in een product gelegen is een beschermingsgedachte van de met het gebrek niet bekende bezitter. Een risicoaansprakelijkheid voor de particuliere bezitter van een roerende zaak met een verborgen gebrek zou met zich brengen dat deze verdergaand aansprakelijk zou zijn dan de rijke en machtige producent, een gedachte die onaanvaardbaar werd geacht.⁴⁰²

Het voorgaande brengt met zich dat ingevolge de huidige opvattingen de hoofdregel in de meeste – maar niet in alle – gevallen toepassing verdient en dat de tekortkoming door de ongeschiktheid van de gebruikte medische hulpzaak krachtens artikel 6:77 BW aan de hulpverlener wordt toegerekend.⁴⁰³

Een voorbeeld waarbij het merendeel van de gezichtspunten aan de orde kwam en waarbij de rechtbank tot het oordeel kwam dat het ziekenhuis aansprakelijk was voor de onbekende gebrekkigheid van een hulpzaak, betreft een vonnis van de Rechtbank Breda. In geding was de aansprakelijkheid van het ziekenhuis voor het gebruik van een ‘Brefixband’ (onrustband), waarvan vastgesteld werd dat het slotje gebrekkig was: de patiënt bleek in staat zich los te rukken en viel om die reden uit bed met een bekkenfractuur tot gevolg. Het ziekenhuis evenals diens verzekeraar betoogde dat van aansprakelijkheid van het ziekenhuis geen

401 Kamerstukken II 1989/90, 21561, nr. 3, p. 43-44 (MvT). Zie ook Kamerstukken II 1990/91, 21561, nr. 6, p. 69 (MvA).

402 Parl. Gesch. Boek 6 InvW, p. 1372-1375 en 1386-1387.

403 Zie bijvoorbeeld nog het verschil tussen Rechtbank 's-Hertogenbosch 21 juli 2010, *L&S* 2011, 125 en Rechtbank Breda 3 januari 2011, *LJN* BO9631. Zie voor een afwijzing (mijns inziens ten onrechte) ook Rechtbank Arnhem 28 november 2012, *LJN* BY6606.

sprake kon zijn, omdat bij medische hulpmiddelen toerekening onredelijk is. Het ziekenhuis wees daarbij op de parlementaire geschiedenis van artikel 6:77 BW (MvA I, p. 271-272) en op Memorie van Toelichting van Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW (MvT, TK 1989-1990, nr. 21 561, nr. 3, p. 44). De rechtbank overwoog vervolgens als volgt: 'Uit het voorgaande blijkt inderdaad dat de wetgever destijds de rechter door toepassing van het slot van artikel 6:77 BW de mogelijkheid heeft geboden om in het hiervoor aangehaalde geval een vordering jegens een arts of ziekenhuis wegens het gebruik van ongeschikte hulpmiddelen af te wijzen.' Aan het hiervoor genoemde citaat is evenwel toegevoegd: 'Tevens wordt aldus de weg voor een verdere ontwikkeling opengelaten. De ondergetekende geeft daaraan ook hierom de voorkeur, omdat hetgeen hier van geval tot geval behoort te gelden mede afhankelijk zal zijn van de maatschappelijke opvattingen, terwijl deze opvattingen thans in beweging zijn.' De rechtbank leidt hieruit af dat het niet de bedoeling van de wetgever is geweest om toerekening bij het gebruik van ongeschikte zaken door een arts of ziekenhuis in alle gevallen waarin zorgvuldigheid ten aanzien van de geschiktheid van deze zaken is betracht, uit te sluiten. De wetgever heeft de rechter uitdrukkelijk de ruimte gelaten om bij zijn beoordeling van een concreet geval eventuele gewijzigde maatschappelijke opvattingen mee te nemen. (...) In dit geval gaat het om door het ziekenhuis ingekochte onrustbanden met de daarbij behorende slotjes; het ziekenhuis heeft gekozen voor een bepaalde soort en een bepaald merk van deze banden, terwijl [verzoeker] daarop – naar moet worden aangenomen – geen enkele invloed heeft gehad. Ongeschiktheid van de gebruikte slotjes ligt dan ook meer in de sfeer van het ziekenhuis dan in die van [verzoeker]. Voorts geldt dat het ziekenhuis geacht moet worden bekend te zijn met de naam van de producent van de ongeschikte zaak en – beter dan de patiënt – in staat moet worden geacht om de gebruikte zaak te onderzoeken en in de richting van de producent te onderbouwen dat het een gebrekkig product betreft. In het onderhavige geval klemmt dit te meer nu het ziekenhuis het ongeschikte slotje bij vergissing weer samen met de andere in het ziekenhuis aanwezige slotjes in gebruik heeft genomen en daardoor voornoemde onderbouwing in de richting van de producent heeft bemoeilijkt. Ten slotte geldt dat het ziekenhuis zich tegen aansprakelijkheid kan verzekeren en, gelet op de bemoeienis van MediRisk in deze zaak, zich ook daadwerkelijk van een aansprakelijkheidsverzekering heeft voorzien. (...) In de rechtsgeleerde doctrine wordt er thans van uitgegaan dat er onvoldoende grond is om aan te nemen dat aansprakelijkheid voor hulpmiddelen bij medische hulpverleners als regel onredelijk is in het geval zij niet bekend waren of behoorden te zijn met een gebrek van de zaak, nu deze hulpverleners niet zonder meer in een positie

verkeren die afwijkt van andere opdrachtnemers of schuldenaren. (...) De rechtbank ziet gelet op hetgeen hiervoor is overwogen geen aanleiding om een uitzondering te aanvaarden op de hoofdregel van toerekenbaarheid van artikel 6:77 BW. Noch de aard en strekking van de geneeskundige behandelingsovereenkomst, noch de in het verkeer geldende opvattingen of de omstandigheden van het geval brengen mee dat het onredelijk is om het risico van het gebruik van het voor het beoogde doel ongeschikte slotje bij het ziekenhuis te leggen.⁴⁰⁴

Ook in de rechtsgeleerde doctrine wordt ervan uitgegaan, dat er onvoldoende grond is om aan te nemen dat aansprakelijkheid voor hulpzaken bij hulpverleners als regel onredelijk is in het geval zij niet bekend waren of behoorden te zijn met een gebrek van de zaak, nu de hulpverlener niet zonder meer in een positie verkeert die afwijkt van andere opdrachtnemers of schuldenaren.⁴⁰⁵ Steeds vaker gaan er geluiden op die pleiten voor een toerekening aan de arts en het ziekenhuis van een tekortkoming die is veroorzaakt door een ongeschikte zaak (waaronder een gebrekkig product) en dat het aan de arts en het ziekenhuis is om regres te nemen op de producent.⁴⁰⁶ Desalniettemin blijven er omstandigheden denkbaar die met zich brengen dat het redelijker is in plaats van de hulpverlener de producent aansprakelijk te oordelen, bijvoorbeeld in geval de dwingende keuze voor het product bij de patiënt ligt. Bovendien staat het de patiënt uiteraard vrij de producent aan te spreken.⁴⁰⁷

4.2.4 *Uitsluiten of beperken van aansprakelijkheid van de arts of het ziekenhuis*

Een exonerationbeding is een vrijwaring op grond waarvan een wettelijke verplichting tot schadevergoeding, ontstaan door een toerekenbare tekortkoming, wordt uitgesloten of

404 Rechtbank Breda 3 januari 2011, LJN BO9631, rov. 3.8 tot en met 3.11. Zie anders, maar met dien verstande dat de producent bekend was, Rechtbank 's-Hertogenbosch 21 juli 2010, L&S 2011, 125.

405 Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* 2009, nr. 456; S.C.J.J. Kortmann in: Aansprakelijkheid voor medische fouten, Lelystad: Koninklijke Vermande 1991, p. 25-28; B. Sluijters, Aansprakelijkheid van de arts en het ziekenhuis, Preadvies voor de Nederlandse Vereniging voor rechtsvergelijking, Deventer: Kluwer 1984, p. 42 en E.H. Hondius, 'Produktenaansprakelijkheid in het ziekenhuis', TvGr 1990, nr. 7, p. 422.

406 Zie voor regres bij hoofdelijke aansprakelijkheid, artikel 6:102 BW juncto 6:101 BW, zie uitvoeriger hoofdstuk 7. Zie voor de 'geluiden' M.A. Goslings, 'Medische aansprakelijkheid: een stand van zaken', TvGr 1995, nr. 4, p. 202; P. Bergkamp, Contractuele aansprakelijkheid voor gebrekkige medische hulpmiddelen, in: W.C.L. van der Grinten e.a., Onderneming en nieuw burgerlijk recht, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991, p. 317; R.M. Schoonenberg, De aansprakelijkheid voor gebrekkige medische hulpmiddelen; stand van zaken, TvGr 1987 (maart/april), p. 81-92; C.J.J.M. Stolker, 'Aansprakelijkheid voor bloedprodukten en bloedtransfusies', NJB afl.19/1995, p. 685-695 en A.J. Van, 'De aansprakelijkheid voor gebrekkige medische hulpmiddelen-Implanon revisited', TVP 2011, nr. 2, p. 44-49. Zie ook KNMG Modelregeling arts-patiënt artikel 14, derde lid: 'De arts zal ervoor zorgdragen, voor zover dat zijn verantwoordelijkheid is, gebruik te maken van deugdelijke en geschikte materialen en middelen, welke voldoen aan de in de beroepsgroep gebruikelijke standaard.'

407 Zie voor de aansprakelijkheid van de producent hoofdstuk 5.

beperkt.⁴⁰⁸ Dat een exoneratiededing deel kan uitmaken van een overeenkomst is van oudsher aanvaard, maar evenzeer is van oudsher aanvaard dat een beroep op een exoneratiededing in strijd kan zijn met de goede zeden of de goede trouw. Reeds in 1950 achtte de Hoge Raad een exoneratiededing dat door een röntgenoloog werd ingeroepen in strijd met de goede zeden, omdat aan de door de arts verrichte behandeling onevenredig gevaar was verbonden.

Het arrest staat bekend als het Röntgenarrest en betrof een 20-jarige patiënt die voor de schadelijke gevolgen van een röntgenbehandeling tegen overtollige gezichtsbeharng geconfronteerd werd met een exoneratiededing. De exoneratiededing werd als in strijd met de goede zeden krachteloos gesteld. De Hoge Raad overwoog daartoe als volgt: ‘O. dienaangaande, dat, naar uit ’s Hof’s arrest blijkt, [de arts], [patiënt] een 20-jarig fabrieksmeisje, een röntgenbehandeling tegen overtollige gezichtsbeharng heeft doen ondergaan, hoewel hij wist of als röntgenoloog moest weten, dat aan zodanige behandeling onevenredig gevaar was verbonden; dat het Hof een contractuele uitsluiting van [de] aansprakelijkheid [van de arts] tegenover [patiënt] voor de gevolgen van zodanige behandeling, welke, naar hij toen wist of behoorde te weten, medisch onverantwoord was en derhalve door hem niet mocht worden ondernomen, terecht als in strijd met de goede zeden krachteloos heeft geoordeeld; dat mitsdien het middel faalt.’⁴⁰⁹

In latere jurisprudentie werd de strijdigheid met de goede trouw nader ingevuld en duidelijk gemaakt dat het antwoord op de vraag in welke gevallen een contractspartij een beroep op een exoneratiededing niet vrijstaat, afhankelijk is van de waardering van tal van omstandigheden, zoals de zwaarte van de schuld, mede in verband met de aard en de ernst van de bij enige gedraging betrokken belangen, de aard en de verdere inhoud van de overeenkomst waarin het beding voorkomt, de maatschappelijke positie en de onderlinge verhouding van partijen, de wijze waarop het beding is tot stand gekomen, de strekking van het beding (met name in hoeverre bij een beding tot beperking van de aansprakelijkheid de overeengekomen beperking in enige verhouding staat tot de omvang van de voorzienbare schade) en de mate waarin de wederpartij zich de strekking van het beding bewust is geweest en in hoeverre de daardoor ontstane schade eventueel door verzekering is gedekt.⁴¹⁰

408 J. H. Duyvensz, *De redelijkheid van de exoneratiededing* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2003, p. 19-35 en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, nr. 363.

409 HR 14 april 1950, *NJ* 1951, 17 met nt. Ph.A.N. Houwing.

410 HR 19 mei 1967, *NJ* 1967, 261, met nt. G.J. Scholten; HR 20 februari 1976, *NJ* 1976, 486; HR 18 december 1981, *NJ* 1982, 71; HR 25 april 1986, *NJ* 1986, 714, met nt. W.C.L. van der Grinten. Zie voor literatuur op dit punt: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, nr. 362 e.v.; J. H. Duyvensz, *De redelijkheid van de exoneratiededing* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2003, p. 19-35; S.C.J.J. Kortmann, ‘Exo-

Met het Nieuw BW is de goede trouw vervangen door de redelijkheid en billijkheid en werden genoemde omstandigheden bepalend voor het antwoord op de vraag of een exoneratiebeding buiten toepassing moet worden gelaten in verband met de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid als bedoeld in artikel 6:248, tweede lid, BW.⁴¹¹ Voor zover een exoneratiebeding in algemene voorwaarden is opgenomen, is artikel 6:233 BW van toepassing.⁴¹²

Een en ander zou ook gelden voor een exoneratiebeding dat heden ten dage door een hulpverlener aan de patiënt zou worden tegengeworpen, ware het niet dat met de komst van Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW elke twijfel over de toepasbaarheid van een exoneratiebeding is weggenomen: in artikel 7:463 BW is bepaald dat de aansprakelijkheid van een hulpverlener, of, in het geval bedoeld in artikel 462,⁴¹³ van het ziekenhuis, niet kan worden beperkt of uitgesloten. De beperking strekt aldus verder dan uit het algemeen verbintenisrecht volgt.⁴¹⁴ Het verbod werd in overeenstemming geacht met de belangen van het leven en gezondheid die bij de geneeskundige behandeling betrokken zijn en de overwichtpositie die medische beroepsbeoefenaren en het ziekenhuis doorgaans innemen. Nu aan elke ingreep een risico kleefte, ook vaak risico's met zeer verstrekkende gevolgen, werd ook een uitzondering voor 'zeer risicovolle' verrichtingen niet passend geacht, nog daargelaten de vraag of dit onderscheid van de te voren te maken is en waar de grens ligt.⁴¹⁵ Als de hulpverlener, ondanks het verbod van artikel 7:463 BW, toch in een beding zijn aansprakelijkheid jegens de patiënt uitsluit, is het beding ingevolge artikel 3:40, tweede lid, BW vernietigbaar.

Het verbod geldt niet voor overeenkomsten die buiten de reikwijdte van Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW vallen.⁴¹⁶ In de literatuur is om die reden opgemerkt dat bijvoorbeeld in een overeenkomst tot bewaarneming van sperma wel een exoneratiebeding is toegestaan.⁴¹⁷ Desalniettemin kan ook dan het beding in verband met de beperkende werking van de

neratiebedingen', *TvPr* 1988, nr. 4, p. 1205-1257. Zie voor de bewijslastverdeling HR 16 januari 1987, *NJ* 1987, 553, met nt. W.C.L. van der Grinten.

411 HR 12 december 1997, *NJ* 1998, 208 en HR 18 juni 2004, *NJ* 2004, 585. Zie ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, nr. 365 en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 423.

412 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, nr. 367.

413 Zie voor de centrale aansprakelijkheid van het ziekenhuis par. 4.4.

414 Zie voor kritiek op het verbod K. de Boer, 'Beroepsaansprakelijkheid; het exoneratieverbod voor artsen', *TvGr* 1997, nr. 1.

415 Kamerstukken II 1989/90, 21561, nr. 3, p. 46 (MvT). Zie ook T. Vansweevelt, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis* (diss. Antwerpen), Antwerpen: Maklu, derde druk 1997, p. 750 voor landen die exoneratie niet mogelijk achten en p. 749-762 voor deze en andere argumenten.

416 B. Sluijters en M.C.I.H. Biesart, *De geneeskundige behandelingsovereenkomst*, Deventer: Kluwer 2005, p. 136.

417 Zie daarvoor B. Sluijters en M.C.I.H. Biesart, *De geneeskundige behandelingsovereenkomst*, Deventer: Kluwer 2005, p. 136.

redelijkheid en billijkheid buiten toepassing worden gelaten, waarvoor de omstandigheden als bovengenoemd een rol spelen. Artikel 6:248, tweede lid, BW en artikel 6:233 BW (in geval van een beding in algemene voorwaarden) zijn evenzeer van toepassing op andere bedingen die in de geneeskundige behandelingsovereenkomst zijn opgenomen. Denkbaar is bijvoorbeeld een beding waarin is uitgesloten dat een patiënt een beroep doet op een deskundigenbericht ten bewijze van de stelling dat de hulpverlener is tekortgeschoten. In een dergelijk geval zal de patiënt een beroep kunnen doen op artikel 6:248, tweede lid, BW of 6:233, sub a, BW stellende dat het beding onredelijk bezwarend is. Een aanwijzing dat een dergelijk beding onredelijk bezwarend is, wordt gevonden in artikel 6:236, sub k, BW. Hoewel dit artikel strikt genomen alleen voor consumenten geldt, heeft de patiënt ten opzichte van de hulpverlener een met de consument vergelijkbare afhankelijke positie en behoeft hij bescherming. Artikel 6:236 BW heeft in een dergelijk geval reflexwerking.⁴¹⁸ Die reflexwerking geldt ook indien het beroep op artikel 6:248, tweede lid, BW is geënt.⁴¹⁹

4.3 AANSPRAKELIJKHEID VAN DE ARTS EN HET ZIEKENHUIS OP DE BUITENCONTRACTUELE GRONDSLAG

4.3.0 *Opmerkingen vooraf*

Ter bepaling van de onrechtmatigheid van het gedrag van de hulpverlener wordt nader ingegaan op de vereisten om van onrechtmatig gedrag van de hulpverlener te mogen spreken (par. 4.3.1). In diezelfde paragraaf wordt de norm waaraan het gedrag van de hulpverlener moet worden getoetst, verkend. Daarna komt aan de orde hoe het bewijs van de onrechtmatige daad moet worden geleverd (par. 4.3.2). De toerekening van de onrechtmatige daad wordt besproken in de daarop volgende paragraaf (par. 4.3.3). De aansprakelijkheid van de hulpverlener op een buitencontractuele grondslag wordt afgesloten met een beschrijving van de relevante kwalitatieve aansprakelijkheden (par. 4.3.4). De kwalitatieve aansprakelijkheden vormen – naast de onrechtmatige daad – een buitencontractuele grondslag waarop verhaal van schade kan worden gebaseerd.

⁴¹⁸ HR 18 juni 2004, NJ 2004, 585. Zie voor literatuur: B. Wessels, R.H.C. Jongeneel en M.L. Hendrikse, *Algemene Voorwaarden*, Deventer: Kluwer 2006, hoofdstuk 16 en J. Hijma, *Algemene voorwaarden*, Monografieën, B55, Deventer: Kluwer 2010.

⁴¹⁹ J. Hijma, *Algemene voorwaarden*, Monografieën, B55, Deventer: Kluwer 2010, p. 46.

4.3.1 *Een onrechtmatige daad van de arts of het ziekenhuis*4.3.1.1 **Onrechtmatig gedrag**

Een andere goede grond ter afwenteling van schade is onrechtmatig gedrag als vorm van verwijtbaar onjuist gedrag.⁴²⁰ De verplichting van de arts of het ziekenhuis om bij onrechtmatig gedrag de schade van de patiënt te vergoeden, wordt gebaseerd op artikel 6:162, eerste lid, BW: *‘Hij die jegens een ander een onrechtmatige daad pleegt, welke hem kan worden toegerekend, is verplicht de schade die de ander dientengevolge lijdt, te vergoeden’*. Er wordt daarbij geen onderscheid gemaakt tussen het handelen van de arts en dat van het ziekenhuis: ook een rechtspersoon kan onrechtmatig handelen.⁴²¹

Ingevolge artikel 6:162, tweede lid, BW worden als onrechtmatige daad aangemerkt een inbreuk op een recht en een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht of met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, een en ander behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond. De aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond brengt met zich dat een daad haar onrechtmatig karakter verliest en staat aan een verplichting tot vergoeding van schade in de weg. Als voorbeeld van een rechtvaardigingsgrond kan worden gedacht aan de rechtvaardiging om inbreuk te maken op de bewegingsvrijheid van de patiënt, zoals aan de orde kan zijn in geval van een psychiatrische patiënt.⁴²²

Een onrechtmatige daad die de arts of het ziekenhuis wordt toegerekend, verplicht de arts of het ziekenhuis tot een vergoeding van de gezondheidsschade die de patiënt daardoor lijdt. Een verplichting tot schadevergoeding blijft dus uit wanneer de onrechtmatige daad de arts of het ziekenhuis niet valt toe te rekenen, zo volgt uit artikel 6:162, eerste lid, BW.⁴²³ Bovendien bestaat de verplichting alleen wanneer de geschonden norm strekte tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde (de patiënt of een ander) die heeft geleden, aldus artikel 6:163 BW.⁴²⁴

420 Zie over gronden ter afwenteling van schade ook hoofdstuk 2, par. 2.4.2.

421 HR 10 juni 1955, *NJ* 1955, 552, met nt. L.E.H. Rutten; HR 6 april 1979, *NJ* 1980, 34, met nt. C.J.H. Brunner. Zie uitvoerig over het onrechtmatig handelen van rechtspersonen in het algemeen Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* 2011, nr. 201 en 325-339.

422 HR 6 januari 1989, *NJ* 1989, 283 en HR 12 mei 1995, *NJ* 1996, 118, met nt. J. de Boer (‘t Ruige Veld). Zie voorts Gerechtshof Arnhem 12 juli 1988, *NJ* 1989, 761; Rechtbank ’s-Gravenhage 8 mei 1991, *NJ* 1993, 251 en Rechtbank ’s-Hertogenbosch 13 augustus 1993, *NJ* 1994, 531. Zie ook C.C. van Dam, Aansprakelijkheidsrecht, een grensoverschrijdend handboek, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000, nr. 1512.

423 Zie voor een uitwerking van toerekening bij onrechtmatige daad par. 4.3.3.

424 Zie voor een uitwerking van het relativiteitsvereiste onder meer HR 7 mei 2004, *NJ* 2006, 281, met nt. J. Hijma.

4.3.1.2 De norm waaraan het handelen van de arts en het ziekenhuis wordt getoetst

Wil de patiënt een recht op schadevergoeding aan de wet ontleen, dan is het de vraag of het gedrag van de hulpverlener in het gegeven geval onrechtmatig was. Ter beantwoording van deze vraag moet worden beoordeeld wat betamelijk of zorgvuldig gedrag is. Wat betamelijk of zorgvuldig is, wordt bepaald door hetgeen een redelijk bekwaam en redelijk handelend hulpverlener in dezelfde omstandigheden had gedaan, waarbij de professionele standaard uitgangspunt is.⁴²⁵ Het criterium ter beoordeling van de onrechtmatigheid van het gedrag van de hulpverlener is dus gelijklopend aan de (zorgvuldigheids)norm die geldt binnen het kader van een geneeskundige behandelingsovereenkomst.⁴²⁶ Evenzeer als bij de tekortkoming geldt voorts dat het onrechtmatig gedrag van de hulpverlener – meer in het bijzonder het ziekenhuis – kan zijn gelegen in de strijdigheid ervan met een wettelijke plicht, zoals de verplichtingen uit hoofde van de Kwz.⁴²⁷

De norm te handelen als een redelijk bekwaam en redelijk handelend zorgverlener impliceert dat de patiënt op een zodanige wijze geneeskundig wordt behandeld dat hem geen (extra) gezondheidsschade wordt toegebracht. Het relativiteitsvereiste vormt dan ook doorgaans geen probleem wanneer het schade van de patiënt betreft. Wat derden betreft zal het relativiteitsvereiste in sommige gevallen echter moeilijker aan te tonen zijn. Veelal strekken de zorgvuldigheidsnormen of wettelijke verplichtingen uit hoofde van de Kwz niet tot bescherming tegen de schade van derden. Een voorbeeld waarin dat mogelijk anders is betreft de verplichting van het ziekenhuis om ziekenhuisbacteriën te bestrijden teneinde infecties te voorkomen. Net als de patiënt zelf, zullen ook bezoekers van de patiënt, onder wie wettelijk vertegenwoordigers, partners en kinderen, niet aan onnodig ernstig gevaar voor hun gezondheid mogen worden blootgesteld.⁴²⁸ Voor partners en kinderen geldt voorts dat zij ook onder (bijzondere) andere omstandigheden worden beschermd, zoals hierna nog zal blijken. Per individueel geval zal het doel en de strekking van de geschonden norm moeten worden onderzocht, aan de hand waarvan moet worden bepaald tot welke

425 Zie in algemene zin Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* 2011, nr. 56 en E.F.D. Engelhard en G.E. van Maanen, Aansprakelijkheid voor schade: contractueel en buitencontractueel, Monografieën BW, A15, Deventer: Kluwer 2008, p. 52.

426 Zie par. 4.2.1.2.

427 Zie voor een voorbeeld Rechtbank Rotterdam 17 maart 2011, *LJN* BP8090. Zie voor een voorbeeld van een strafrechtelijke voordeling van een ziekenhuis omdat niet voldoende vorm was gegeven aan de verantwoordelijkheid voor het algeheel functioneren van het ziekenhuis, met name de zorg voor de kwaliteit en betrouwbaarheid van apparatuur Rechtbank Leeuwarden 23 december 1987, *NJ* 1988, 981, ook besproken door J.H. Hubben, Het ziekenhuis als strafbare rechtspersoon (oratie Nijmegen), Lochem: Uitgeversmaatschappij De Tijdstroom, 1989 tevens opgenomen in de oratiebundel Gezondheidsrecht, Den Haag: Sdu Uitgevers 2012, p. 155-156. Zie voor een ander voorbeeld Rechtbank Rotterdam 12 december 2008, *LJN* BG6738.

428 Zie voor een voorbeeld van een zaak waarin een bezoeker niet aan het gevaar van een neerkomende slagboom op het ziekenhuisterrein mocht worden blootgesteld Rechtbank Utrecht 19 december 2012, *LJN* BY7764.

personen en tot welke schade en welke wijzen van ontstaan van schade de bescherming zich uitstrekt.⁴²⁹

4.3.1.3 Illustraties van typen onrechtmatige daad

De onrechtmatige daad vormt een tweede grondslag voor het verhaal van schade. Toch is deze grondslag niet zonder meer inwisselbaar met de grondslag van de tekortkoming uit onrechtmatige daad. In de verhouding tussen de hulpverlener en de patiënt speelt zij alleen een rol in bijzondere situaties. Daarnaast speelt de grondslag van de onrechtmatige daad een rol wanneer derden hun schade willen verhalen. Ter verduidelijking volgen hierna vier illustraties.

Illustratie I De normschending levert onafhankelijk van de tekortkoming een onrechtmatige daad op

Het is mogelijk dat de gedraging van de hulpverlener naast een tekortkoming tevens een onrechtmatige daad oplevert. Immers, de schending van een contractuele verplichting uit hoofde van de geneeskundige behandelingsovereenkomst – in het bijzonder de verplichting zich als een goed hulpverlener te gedragen – kan veelal evenzeer gekwalificeerd worden als gedrag dat in strijd is met hetgeen in het maatschappelijk verkeer betamelijk is (men dient zich als een goed hulpverlener te gedragen). In een dergelijk geval kan de verplichting tot schadevergoeding van de hulpverlener tevens worden gebaseerd op de wettelijke grondslag van de onrechtmatige daad: er doet zich een samenloop van grondslagen voor. In de inleiding van dit hoofdstuk is reeds opgemerkt dat ingevolge de heersende jurisprudentie bij het bestaan van een overeenkomst alleen de tekortkoming een grondslag voor schadevergoeding vormt, tenzij de gedraging *onafhankelijk* van de schending van de verplichting uit de overeenkomst een onrechtmatige daad oplevert. Hierbij wordt opgemerkt dat de term ‘onafhankelijk’ niet impliceert dat, ter beantwoording van de vraag of onafhankelijk van het contract een onrechtmatige daad is gepleegd, het contract ‘weggedacht’ zou moeten worden.⁴³⁰ Het gaat erom dat de gedraging *onverschillig* de schending van de contractuele verplichting een inbreuk maakt op een recht, of een schending oplevert van een algemene rechtsplicht of zorgvuldigheidsnorm. In dat geval kan (ook) de onrechtmatige daad als grondslag worden gebruikt. In de meeste ‘klassieke’ gevallen zal de schending van de contractuele verplichting zich als goed hulpverlener te gedragen niet onafhankelijk van de schending van de verplichting uit de behandelingsovereenkomst een onrechtmatige

⁴²⁹ Zie in een niet-medische zaak HR 7 mei 2004, NJ 2006, 281, met nt. J. Hijma.

⁴³⁰ Par. 4.1 en hoofdstuk 2, par. 2.4.2.3. Zie HR 9 december 1955, NJ 1956, 157; HR 6 april 1990, NJ 1991, 689, met nt. C.J.H. Brunner; HR 19 februari 1993, NJ 1994, 290, met nt. C.J.H. Brunner; HR 3 december 1999, NJ 2000, 235, met nt. P.A. Stein; Gerechtshof 's-Gravenhage 11 juli 2006, LJN AY8855. Zie voorts Asser-Hijma 5-I* 2007, nr. 442 en I.P. Michiels van Kessenich-Hoogendam, Beroepsfouten, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 15.

daad opleveren. Uitzonderingen doen zich bijvoorbeeld voor in geval van bewuste gevaarstelling door de arts,⁴³¹ in geval van grove nalatigheid door de arts of in geval van seksueel misbruik van de patiënt door de arts.

Een voorbeeld van een zaak waarin de onrechtmatige daad grondslag vormde voor een recht op schadevergoeding ook al was sprake van een contractuele rechtsverhouding, betreft een patiënte met een dissociatieve identiteitsstoornis en incestproblematiek. Zij werd gedurende een lange periode seksueel misbruikt door haar psychiater.⁴³²

Illustratie II Een contractuele rechtsverhouding met de patiënt ontbreekt

Doorgaans ontstaat tussen de hulpverlener en de patiënt een contractuele relatie; zij sluiten een overeenkomst, welke overeenkomst – bij een tekortkoming van een verplichting uit hoofde van die overeenkomst – vervolgens de grondslag vormt voor een recht op schadevergoeding. Dit neemt niet weg dat zich situaties voordoen waarin een overeenkomst niet tot stand komt en de patiënt zijn recht op schadevergoeding als gevolg daarvan niet op een schending van een contractuele verplichting kan baseren. Een contractuele rechtsverhouding komt bijvoorbeeld niet tot stand, indien de noodzakelijke voorwaarden voor het ontstaan van een overeenkomst ontbreken. Te denken valt aan het ontbreken van een door een verklaring geopenbaarde wil gericht op het tot stand komen van een behandelingsovereenkomst bij een bewusteloze patiënt of bij een psychiatrische patiënt.⁴³³

Een voorbeeld van een zaak waarin de onrechtmatige daad grondslag vormde wegens het ontbreken van een contractuele rechtsverhouding betreft een patiënte in een psychiatrische instelling. Deze patiënte was een seksuele relatie aangegaan met de aan de instelling verbonden huisarts. De huisarts maakte na enige tijd een einde aan de relatie. Na afloop van dit gesprek – waarop de patiënte somber en boos op reageerde – is de patiënte met haar psycholoog gaan wandelen. Op enig moment is zij een andere kant dan de psycholoog uitgelopen en heeft zichzelf voor de trein geworpen. Het letsel dat zij daarbij opliep maakte een onderbeenamputatie van beide benen noodzakelijk. Naar het oordeel van het Gerechtshof's-Gravenhage had de psycholoog onrechtmatig

431 Zie in het algemeen Asser-Hijma 5-I* 2007, nr. 442.

432 Gerechtshof Amsterdam 2 augustus 2011, *LJN* BR4200. Zie voor het proces in eerste aanleg Rechtbank Utrecht 28 oktober 2009, *LJN* BK1546.

433 Zie hoofdstuk 3, par. 3.3.

gehandeld door geen beschermende maatregelen te treffen na beëindiging van de relatie.⁴³⁴

Voorts ontbreekt een geneeskundige behandelingsovereenkomst wanneer de patiënt gedwongen geneeskundig wordt behandeld op grond van de wet of een feitelijke verplichting. Genoemd zijn de geneeskundige behandeling van militairen, de geneeskundige behandeling van een persoon met een besmettelijke infectieziekte, en de geneeskundige behandeling van een persoon in een penitentiaire inrichting, TBS-kliniek of jeugdinrichting.⁴³⁵

In al die gevallen is de onrechtmatige daad de grondslag waarop de patiënt zijn vordering tot vergoeding van schade moet baseren. De hulpverlener dient op grond van de schakelbepaling van artikel 7:464 BW de verplichtingen van Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW na te komen en deze verplichtingen, waaronder de plicht van artikel 7:453 BW, vormen daarom de basis voor een oordeel over de onrechtmatigheid van het gedrag van de arts.⁴³⁶ Onrechtmatig is immers gedrag in strijd met de in het maatschappelijk verkeer betamelijke zorgvuldigheidsnorm om zich als goed hulpverlener te gedragen.

Als voorbeeld dient een uitspraak in een zaak waarbij de patiënt in het kader van zijn functie in een Centraal Militair Hospitaal door een militair arts werd geopereerd. De rechtbank oordeelde dat bij de beoordeling of een gedraging van een behandelend (militair) arts onrechtmatig is het criterium geldt of staande kan worden gehouden dat de arts de patiënt had begeleid en/of behandeld zoals van een redelijk bekwaam en redelijk handelend arts in gelijke omstandigheden mocht worden verwacht.⁴³⁷

Wellicht ten overvloede wordt opgemerkt dat de onrechtmatige daad ook grondslag is wanneer de patiënt een overeenkomst sluit met het ziekenhuis en de patiënt de bij het ziekenhuis in dienst zijnde arts voor het verhaal van schade wil aanspreken. Het feit dat de patiënt het ziekenhuis op grond van artikel 6:74 BW in samenhang gelezen met artikel 6:76 BW kan aanspreken, neemt niet weg dat de patiënt de arts kan aanspreken op grond

434 Gerechtshof 's-Gravenhage 18 december 2007, *LJN* BC1132. Zie voor dezelfde grondslag in een vergelijkbare situatie Rechtbank 's-Gravenhage 15 februari 2012, *LJN* BV6803.

435 Zie hoofdstuk 3, par. 3.3.

436 Zie hoofdstuk 3, par. 3.3.2.

437 Rechtbank 's-Gravenhage 13 januari 2010, *LJN* BL0676. Zie ook CRvB 29 september 2005, *LJN* AU3861 en CRvB 26 februari 2004, *LJN* AO5623.

van artikel 6:162 BW.⁴³⁸ Andersom ligt de situatie iets anders; voor het niet contracterende ziekenhuis geldt de centrale aansprakelijkheid.⁴³⁹

Illustratie III Een derde – niet contractspartij – lijdt schade

Een derde illustratie van situaties waarin de onrechtmatige daad de grondslag vormt voor een recht op schadevergoeding betreft die gevallen waarin de schadelijdende persoon geen partij is bij de geneeskundige behandelingsovereenkomst.

Wettelijk vertegenwoordigers, zoals de ouders van een minderjarige of de curator van de onbekwame patiënt in het geval zij schade lijden, kunnen – omdat zij geen partij zijn bij de behandelingsovereenkomst – geen recht op schadevergoeding ontlenen aan de behandelingsovereenkomst.⁴⁴⁰ Wel hebben zij bijvoorbeeld recht op een vergoeding van ten behoeve van de benadeelde patiënt gemaakte kosten en/of op een compensatie bij gederfd levensonderhoud door het overlijden van de patiënt, een en ander ingevolge artikel 6:107 BW respectievelijk artikel 6:108 BW.⁴⁴¹ Komt de schade ingevolge deze artikelen niet voor vergoeding in aanmerking (bijvoorbeeld omdat niet voldaan is aan het gebruikelijkheidscriterium of verdriet om de patiënt betreft), dan zal de derde deze schade zelf moeten dragen. Deze – voor derden – negatieve consequentie is het gevolg van de omstandigheid dat het vergoedingssysteem van Boek 6, titel 1, afdeling 10, BW gesloten is. Het systeem staat aan vergoeding van door derden in verband met de gezondheidsschade van de patiënt geleden schade in de weg voor zover het geen verplaatste schade betreft, zelfs wanneer tevens rechtstreeks onrechtmatig jegens de derde is gehandeld.⁴⁴²

Voor verhaal van ‘eigen’ schade die niet het gevolg is van het letsel of het overlijden van de patiënt, zullen de wettelijk vertegenwoordigers een ten opzichte van hen gepleegde onrechtmatige daad moeten aantonen. In hoeverre zij daarin zullen slagen, is overigens de vraag. Naast de omstandigheid dat het mogelijk onduidelijk is wat er ‘eigen’ is aan de

438 Zie par. 4.2.3.3.

439 Zie par. 4.4.

440 Zie hoofdstuk 3, par. 3.2.2 voor de partijen bij de behandelingsovereenkomst. Zie voorts HR 8 september 2000, *NJ* 2000, 734, met nt. A.R. Bloembergen (Baby Joost). Zie ook HR 11 maart 1977, *NJ* 1977, 521, met nt. G.J. Scholten. Zie voor een ander voorbeeld Rechtbank Groningen 4 juni 2009, *LJN* BM1623 en Rechtbank Assen 29 juni 2010, *LJN* BN1335. Vergelijk ook HR 18 maart 2005, *NJ* 2006, 606, met nt. J.B.M. Vranken, (Baby Kelly) rov. 4.12. Zie anders (moeder sluit een overeenkomst mede ten behoeve van haar ongebooren kind) Gerechtshof Amsterdam 4 november 2004, *TvGr* 2005, nr. 9.

441 Zie hoofdstuk 7, par. 7.3.2.1 en 7.3.2.2 over het verhaal van schade op grond van artikel 6:107 en 6:108 BW.

442 Zie HR 12 december 1986, *NJ* 1987, 958, met nt. C.J.H. Brunner. Het systeem en de gedachte erachter is benadrukt in HR 22 februari 2002, *NJ* 2002, 240, met nt. J.B.M. Vranken. Zie voorts S.D. Lindenbergh, *Smartengeld* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1998, p. 180-184 en T. Hartlief, ‘Wie heeft er recht op vergoeding van personenschade? Enkele opmerkingen over afbakening van de kring van gerechtigden in het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht’, *TVP* 2006, nr. 4, p. 98-104.

schade van de wettelijk vertegenwoordiger, strekt de zorgplicht van de hulpverlener doorgaans niet ook tot bescherming van de wettelijk vertegenwoordiger.⁴⁴³ Bovendien is het dan nog steeds de vraag welke zorg de hulpverlener jegens de wettelijk vertegenwoordiger in acht had moeten nemen. Ook een gestelde schending van artikel 8 EVRM zal de wettelijk vertegenwoordiger niet baten. In de rechtspraak is, zij het summierlijk, overwogen dat artikel 8 EVRM niet strekt tot bescherming van de integriteit van het gezinsleven van de wettelijk vertegenwoordiger in het geval het kind van de wettelijk vertegenwoordiger gezondheidsschade oploopt door een fout van een hulpverlener.⁴⁴⁴ Toch is het niet uitgesloten dat een wettelijk vertegenwoordiger verhaal kan halen wegens een jegens hem gepleegde onrechtmatige daad. Als voorbeeld werd al genoemd de plicht om ziekenhuisbacteriën te bestrijden teneinde infecties te voorkomen.⁴⁴⁵ Deze plicht zal ook tot bescherming van de door de wettelijk vertegenwoordiger (als bezoeker) geleden schade strekken.⁴⁴⁶ Voorts kan worden gedacht aan een schending van de informatieplicht ten opzichte van de wettelijk vertegenwoordiger. Een ander voorbeeld betreft het vrij specifieke geval van de ouder van een minderjarige patiënt die schade lijdt door het ten onrechte melding doen bij het Advies- en meldpunt Kindermishandeling (AMK) van mishandeling van de minderjarige patiënt. Het doen van een dergelijke melding door een hulpverlener is onrechtmatig, indien bij de AMK-melding niet de vereiste mate van zorgvuldigheid in acht wordt genomen.

Een voorbeeld van een zaak waarin het gedrag van de hulpverlener ter zake een melding bij het AMK werd beoordeeld betreft een uitspraak van de Rechtbank Amsterdam. De rechtbank achtte in dit geval de melding niet onrechtmatig nu de hulpverlener blijkt had gegeven van een zorgvuldige belangenafweging. Niettemin oordeelde de rechtbank dat het doen van een AMK-melding onrechtmatig indien bij de beoordeling of een AMK-melding wordt gedaan niet een zodanige mate van zorgvuldigheid in acht wordt genomen die van een redelijk handelend en redelijk bekwaam professional mag worden verwacht. Hierbij geldt, aldus de rechtbank, dat de professional die een voor zijn professie toepasselijk(e) protocol of meldcode correct heeft gevolgd, in beginsel de zorgvuldigheid van een redelijk handelend en redelijk bekwaam vakgenoot in acht heeft genomen. De zorgvuldigheid die de melder in acht

443 Zie voor een voorbeeld in het kader van de positie van een ouder bij geboorteschade Rechtbank Maastricht 22 maart 2006, *LJN* AV7273. Zie voor een afwijzing wegens onvoldoende onderbouwing van de gestelde onrechtmatige daad Gerechtshof Amsterdam 2 maart 2006, *LJN* AX3550.

444 Gerechtshof Amsterdam 6 augustus 1998, *VR* 1998, 183 (Baby Joost) en HR 8 september 2000, *NJ* 2000, 734, met nt. A.R. Bloembergen (Baby Joost). Zie hierover eerder ook hoofdstuk 3, par. 3.2.2.

445 Zie par. 4.3.1.2.

446 Zie voor een ander voorbeeld van een onrechtmatige daad van het ziekenhuis jegens een bezoeker Rechtbank Utrecht 19 december 2012, *LJN* BY7764 (werking slagboom).

moet nemen, geldt ook ten opzichte van derden, wiens belangen zo nauw bij de gevolgen van een gebrek aan voldoende zorgvuldigheid zijn betrokken dat zij als gevolg daarvan schade of ander nadeel kunnen lijden, zo vervolgde de rechtbank.⁴⁴⁷

De *partner* van de patiënte kan schade lijden in het geval van een mislukte sterilisatie,⁴⁴⁸ een mislukte abortus,⁴⁴⁹ of in die gevallen waarin de vrouw niet heeft kunnen beslissen de zwangerschap af te breken door uitblijvend onderzoek naar de afwijkingen van de foetus.⁴⁵⁰ Deze zaken staan bekend als ‘*wrongful birth*’ (gezond kind dat niet gepland was) en ‘*wrongful life*’ (gepland kind, maar wens tot afbreking van de zwangerschap wegens (ernstige) afwijkingen van de vrucht). Hoewel de partner evenzeer een belang heeft bij de goede nakoming van de behandelingsovereenkomst door de hulpverlener ten opzichte van de (vrouwelijke) patiënte, is hij bij die overeenkomst geen partij en daarom kan hij een vordering tot vergoeding van schade die verband houdt met de ongeplande geboorte van een kind niet baseren op een contractuele grondslag.⁴⁵¹ Wel kan hij een vordering tot vergoeding van schade baseren op een onrechtmatige daad. Door de tekortkoming van de hulpverlener jegens de vrouwelijke patiënt – schending van de norm van artikel 7:453 BW –, is de patiënte

447 Rechtbank Amsterdam 13 juni 2012, *LJN* BX1494.

448 Zie bijvoorbeeld niet herplaatsen spiraaltje: HR 21 februari 1997, *NJ* 1999, 145, met nt. C.J.H. Brunner (Wrongful Birth I); zwanger ondanks anticonceptie: Rechtbank Arnhem 11 juni 2003, *LJN* AG0130 en Rechtbank Alkmaar 11 februari 2004, *NJ* 2004, 205 (twee van de Implanon-zaken); mislukte sterilisatie: Rechtbank Zutphen 19 januari 1995, *Njkort* 1997, 44; Gerechtshof 's-Hertogenbosch 18 maart 1996, *Njkort* 1996, 37; HR 1 december 2000, *LJN* AA8724; Rechtbank Zwolle 6 juni 2001, *LJN* AB2389; HR 9 augustus 2002, *NJ* 2010, 61, met nt. M.H. Wissink (Wrongful Birth II); HR 20 april 2007, *VR* 2007, 133, met nt. G.M. van Wassenae; Rechtbank Dordrecht 31 maart 2010, *LJN* BM0264; Rechtbank Dordrecht 19 januari 2011, *LJN* BP1520 en Rechtbank Rotterdam 12 januari 2011, *LJN* BP5714; ongewenste sterilisatie: Rechtbank 's-Gravenhage 28 juni 2006, *L&S* 2006, 66 en hoger beroep Gerechtshof 's-Gravenhage 29 september 2009, *L&S* 2010, 10, met nt. Y.R.K. Waterman en geen informatie noodzaak anticonceptie bij vrouw met problemen menstruatie: Gerechtshof 's-Gravenhage 10 juli 2007, *LJN* BB2375.

449 Zie bijvoorbeeld mislukte abortus: Gerechtshof Amsterdam 18 januari 2007, *NJF* 2007, 224; Gerechtshof Amsterdam 30 september 2008, *LJN* BN5622 en in cassatie HR 16 april 2010, *LJN* BL2229 evenals Rechtbank Utrecht 8 augustus 2007, *LJN* BB1420. Zie nalaten zwangerschapstest uitvoeren waardoor abortus niet meer mogelijk was: Rechtbank Haarlem 1 september 1998 en 2 november 1999, *L&S* 2000, nr. 2, p. 12-14. Zie voor missen diagnose zwangerschap ook RTG 's-Gravenhage 22 november 2011, *LJN* YG1524.

450 Zie bijvoorbeeld HR 18 maart 2005, *NJ* 2006, 606, met nt. J.B.M. Vranken (Baby Kelly) en Rechtbank Utrecht 10 januari 2007, *LJN* AZ6197.

451 Bijvoorbeeld uitdrukkelijk Rechtbank Zwolle 6 juni 2001, *LJN* AB2389; Rechtbank Arnhem 11 juni 2003, *Njkort* 2003, 86; Rechtbank Alkmaar 24 mei 2006, *LJN* AX4831 en HR 18 maart 2005, *NJ* 2006, 606, met nt. J.B.M. Vranken (Baby Kelly). Zie voor een bespreking van HR 18 maart 2005 T. Hartlief, ‘Hollandse toestanden: de Hoge Raad over “wrongful life”’, *NTBR* 2005/6, p. 232-248 en H.J. van Kooten en H.M. Wattendorff, Het belang om niet geboren te worden’, in: Hartkampvarianties, Deventer: Kluwer 2006, p. 43. Zie ook R.J.P. Kottenhagen, ‘En vader dan? De civielrechtelijke positie van de vader in situaties van zwangerschaps- en geboorteschade’, *NTBR* 2008/2, p. 2-16 en R.J.P. Kottenhagen, ‘Vergoeding van geboorteschade. Is het huidige op aansprakelijkheid gebaseerde systeem aan herziening toe?’, Research paper, te downloaden via <www.repub.eur.nl>.

aangetast in haar recht om te beslissen over uitbreiding van haar gezin. Bij deze beslissing zijn de belangen van de partner (vader van het kind) ten nauwste betrokken. De tekortkoming van de hulpverlener zich ten opzichte van de patiënte als een goed hulpverlener te gedragen, is dan ook tevens onrechtmatig tegenover de partner van de patiënte.⁴⁵² Opgemerkt wordt dat de positie van de partner in die zin dus verschilt van die van een wettelijk vertegenwoordiger: de partner is direct betrokken bij de keuze het gezin al dan niet met een kind uit te breiden en die keuzemogelijkheid is door de fout van de hulpverlener doorkruist. Gezien het ‘eigen’ karakter van de schade van de partner staat in situaties als deze het gesloten systeem van artikel 6:107 BW niet aan een vergoeding in de weg.

Een en ander is door de Hoge Raad geoordeeld in wat bekend staat als het ‘Baby Kelly’-arrest. In cassatie stond vast dat de verloskundige een beroepsfout had gemaakt en tekort was geschoten ten opzichte van de vrouw met wie zij een geneeskundige behandelrelatie had door geen nadere prenatale disgnostiek te (doen) verrichten. Aan de orde was (onder meer) de vraag of ook de vader een vordering kon ontlenen aan de beroepsfout van de verloskundige en zo ja, op welke grond (overeenkomst of onrechtmatige daad). Ten aanzien van het vorderingsrecht van de vader overwoog de Hoge Raad onder 4.2 als volgt: ‘Het LUMC en de verloskundige hebben aangevoerd dat aan de vader geen vorderingsrecht toekomt omdat hij geen partij was bij de door de moeder met het LUMC gesloten behandelingsovereenkomst. Dit door het hof onbesproken gelaten verweer is door de rechtbank, die oordeelde dat de verloskundige onrechtmatig heeft gehandeld tegenover de vader, terecht verworpen. Weliswaar komt een beslissing tot afbreking van een zwangerschap in laatste instantie aan de moeder alleen toe (in samenspraak met haar arts), maar de belangen van de vader zijn daarbij ten nauwste betrokken. Door de geboorte van een kind ontstaat immers een familierechtelijke betrekking tot zijn ouders (art. 1:197 BW) – en, indien een kind binnen een wettig huwelijk is geboren, tevens “family life” in de zin van art. 8 EVRM tussen de ouders en het kind – alsmede een verplichting voor de ouders het kind levensonderhoud te verstrekken (art. 1:392 lid 1, aanhef en onder a, BW; vgl. ook art. 1:395a lid 1 BW), terwijl de ouders tevens in meer algemene zin de verantwoordelijkheid voor de verzorging en opvoeding van het kind dragen en daartoe het gezag over hem uitoefenen.

452 HR 18 maart 2005, *NJ* 2006, 606, met nt. J.B.M. Vranken (Baby Kelly), rov. 4.2. Zie voor een bespreking van het arrest op dit punt ook T. Hartlief, ‘Hollandse toestanden: de Hoge Raad over “wrongful life”’, *NTBR* 2005/6, p. 232-248; H.J. van Kooten en H.M. Wattendorff, ‘Het belang om niet geboren te worden’, in *Hartkampvariaties*, Deventer: Kluwer 2006, p. 43. Zie ook R.J.P. Kottenhagen, ‘En vader dan? De civielrechtelijke positie van de vader in situaties van zwangerschaps- en geboorteschade’, *NTBR* 2008/2, p. 2-16 en R.J.P. Kottenhagen, ‘Vergoeding van geboorteschade. Is het huidige op aansprakelijkheid gebaseerde systeem aan herziening toe?’, Research paper, te downloaden via <www.repub.eur.nl>.

Reeds op deze gronden – en nog daargelaten dat de verhoudingen binnen een gezin door de geboorte van een ernstig gehandicapt kind diepgaand worden beïnvloed en beproefd – is de fout van de verloskundige tegenover de moeder tevens strijdig met hetgeen de verloskundige volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer jegens de vader betaamde, en mitsdien onrechtmatig jegens deze.⁴⁵³

In andere gevallen van ‘geboorteschade’ – waarmee wordt bedoeld die gevallen waarin door een fout bij de bevalling het kind met letsel ter wereld komt of bij de geboorte komt te overlijden⁴⁵⁴ – heeft de partner geen recht op vergoeding van geleden schade. Deze schade zal veelal bestaan uit verdriet om de aantasting van het kind of de dood van het kind en bijvoorbeeld de onmogelijkheid daardoor om (gedurende een periode) te werken. Vooralsnog wordt niet aanvaard dat er onrechtmatig jegens de partner wordt gehandeld louter door zijn betrokkenheid bij het letsel of de dood van zijn kind.⁴⁵⁵ Het gesloten vergoedingssysteem van artikel 6:107 BW zal dan ook in de weg staan aan een vergoeding van schade die het gevolg is van de schade van het kind, ook als er onrechtmatig jegens de partner is gehandeld.⁴⁵⁶

Het *kind* van de vrouwelijke patiënt kan schade lijden als gevolg van de frustratie van het recht van zijn moeder om de zwangerschap, in verband met de afwijkingen van de foetus ontstaan in de vroege levensfase, te beëindigen (‘*wrongful life*’-situatie).⁴⁵⁷ Het gehandicapt ter wereld gekomen kind wordt, net als de partner, geen partij bij de behandelingsovereen-

453 HR 18 maart 2005, *NJ* 2006, 606, met nt. J.B.M. Vranken (Baby Kelly). Zie voor een bespreking op dit punt ook T. Hartlief, ‘Hollandse toestanden: de Hoge Raad over “wrongful life”’, *NTBR* 2005/6, p. 235.

454 Zie bijvoorbeeld Rechtbank ’s-Hertogenbosch 16 november 2001, *LJN* AD6137; Rechtbank Rotterdam 8 februari 2006, *LJN* AX2193; Gerechtshof Leeuwarden 22 februari 2006, *LJN* AV2474; Gerechtshof Amsterdam 2 maart 2006, *LJN* AX3550; Rechtbank Maastricht 22 maart 2006, *LJN* AV7273; Gerechtshof Arnhem 12 september 2006, *LJN* AY9481; Gerechtshof Arnhem 6 maart 2007, *LJN* BA1317; Rechtbank Groningen 14 februari 2007, *LJN* BA7177; Gerechtshof Arnhem 22 mei 2007, *LJN* BA5776; HR 7 december 2007, *NJ* 2007, 644; HR 31 oktober 2010, *LJN* AL8168 en Rechtbank Arnhem 20 oktober 2011, *LJN* BU4405.

455 Zie uitdrukkelijk Rechtbank Maastricht 22 maart 2006, *LJN* AV7273.

456 Om die reden is dan ook onjuist de overweging van de Hoge Raad in HR 18 maart 2005, *NJ* 2006, 606, met nt. J.B.M. Vranken (Baby Kelly), rov 4.9 dat voor een vergoeding van immateriële schade aan de vader vanwege de overschaduwning van het gezinsleven door de problematiek van een gehandicapt kind voor vergoeding in aanmerking zou komen als er geestelijk letsel zou zijn aangetoond. Een vergoeding is in het geheel niet mogelijk. Zie ook T. Hartlief, ‘Hollandse toestanden: de Hoge Raad over “wrongful life”’, *NTBR* 2005/6, p. 239 en R.J.P. Kottenhagen, ‘En vader dan? De civielrechtelijke positie van de vader in situaties van zwangerschaps- en geboorteschade’, *NTBR* 2008/2, p. 2-16. Onjuist is om diezelfde reden de overweging van de Rechtbank Rotterdam 8 februari 2006, *LJN* AX2193 (onrechtmatige daad maar geen vergoeding voor immateriële schade wegens ontbreken geestelijk letsel), rov. 5.3.1. Zie over artikel 6:107 BW nader hoofdstuk 7, par. 7.3.2.

457 Zie bijvoorbeeld HR 18 maart 2005, *NJ* 2006, 606, met nt. J.B.M. Vranken (Baby Kelly) en Rechtbank Utrecht 10 januari 2007, *LJN* AZ6197.

komst van de vrouwelijke patiënt.⁴⁵⁸ Desalniettemin wordt aangenomen dat er onrechtmatig jegens het kind wordt gehandeld, indien de tekortkoming tegenover de patiënte/moeder (schending van de norm als goed hulpverlener te handelen) tot gevolg heeft gehad dat zij in de onmogelijkheid is komen te verkeren om voor afbreking van de zwangerschap te kiezen, terwijl dit wenselijk was gelet op de ernstige afwijkingen van de foetus.

Een en ander is eveneens door de Hoge Raad geoordeeld in het ‘Baby Kelly’ arrest. Ten aanzien van het vorderingsrecht van het kind (Kelly) overwoog de Hoge Raad onder 4.13 als volgt: ‘Indien het nog ongeborn kind niet mede als contractant tegenover de behandelaar heeft te gelden, neemt zulks niet weg dat de door de moeder gesloten behandelingsovereenkomst, zolang deze strekt tot begeleiding van de zwangerschap en niet is of wordt gericht op het afbreken daarvan, naar haar aard mede is gericht op het verlenen van de noodzakelijke zorg aan de nog ongeborn vrucht. (...) de behandelaar [is] op grond van zijn thans in art. 7:453 BW omschreven, primair jegens de zwangere vrouw bestaande, zorgplicht ook jegens het nog ongeborn kind ertoe (...) gehouden de in de gegeven omstandigheden vereiste prenatale diagnostiek te (doen) verrichten en, indien daartoe aanleiding is, een klinisch geneticus te consulteren om de vrucht waarvan de vrouw zwanger is, nader te doen onderzoeken. De vrouw dient immers in staat te worden gesteld een goed geïnformeerde keuze te maken ten aanzien van de vraag of zij mede met het oog op de belangen van haar nog ongeborn kind, voortzetting of afbreking van haar zwangerschap wenst. Als de behandelaar in de nakoming van deze verplichting jegens de vrouw tekortschiet, handelt hij tevens in strijd met hetgeen hem jegens de ongeborn volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt.’⁴⁵⁹

In andere gevallen waarin door een fout bij de bevalling het kind met letsel ter wereld komt, speelt de onrechtmatige daad eveneens een rol. Wederom geldt dat het kind in kwestie doorgaans geen partij wordt bij de geneeskundige behandelingsovereenkomst die zijn moeder met de hulpverlener sloot, maar zal het beschadigde kind een recht hebben op vergoeding van schade wegens het op onrechtmatige wijze – want in strijd met de

458 Zie HR 18 maart 2005, *NJ* 2006, 606, met nt. J.B.M. Vranken (Baby Kelly), rov. 4.12. Een eigen belang is daarvoor niet voldoende, zie ook HR 8 september 2000, *NJ* 2000, 734, met nt. A.R. Bloembergen.

459 HR 18 maart 2005, *NJ* 2006, 606, met nt. J.B.M. Vranken (Baby Kelly), rov. 4.13. Zie voor een bespreking op dit punt ook T. Hartlief, ‘Hollandse toestanden: de Hoge Raad over “wrongful life”’, *NTBR* 2005/6, p. 242. Zie eveneens C.J.J.M. Stolker en M.P. Sombroek-van Doorn, ‘De wrongful life-vordering: schadevergoeding of euthanasie?’, *NTBR* 2003/9, p. 496-506 aangaande de uitspraak van het Gerechtshof’s-Gravenhage (tweede aanleg).

zorgvuldigheidsnorm zich als goed hulpverlener te gedragen – aan hem toegebrachte letsel.⁴⁶⁰

4.3.2 *Het bewijs van de onrechtmatige daad van de arts of het ziekenhuis*

Ingevolge de hoofdregel van artikel 150 Rv rust op de *patiënt* of de derde de last om te stellen en, bij betwisting, te bewijzen dat van onrechtmatig handelen van de arts of het ziekenhuis sprake is. Evenzeer als dit het geval is bij het bewijs van een tekortkoming, is het voor de patiënt doorgaans niet eenvoudig de onrechtmatigheid van het gedrag aan te tonen. De norm is immers geen andere en de patiënt die geen contract heeft met de arts of het ziekenhuis, is net zo onwetend als de patiënt die wel een contract heeft. Hetzelfde geldt voor derden. De patiënt of de derde heeft dan ook veelal een (medisch) deskundigenbericht nodig ter onderbouwing van de gestelde onrechtmatige daad van de hulpverlener.⁴⁶¹ Overigens rust op de hulpverlener ook in situaties waarin de onrechtmatige daad grondslag is een verzwaarde motiveringsplicht.⁴⁶²

Anders dan bij de tekortkoming is het ingevolge de hoofdregel van artikel 150 Rv eveneens aan de patiënt of de derde om te stellen en, bij betwisting, te bewijzen dat de onrechtmatige daad aan de arts kan worden toegerekend.⁴⁶³ Het vereiste van toerekening is neergelegd in artikel 6:162, eerste lid, BW en maakt – in tegenstelling tot artikel 6:74 BW – deel uit van de te stellen feiten en omstandigheden die nodig zijn voor een recht op schadevergoeding. Van toerekening van de onrechtmatige daad aan de arts is sprake, indien zij te wijten is aan zijn schuld of aan een oorzaak welke krachtens de wet of de in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt, aldus artikel 6:162, derde lid, BW.⁴⁶⁴ Op de toerekening van de daad aan de hulpverlener wordt hieronder nader ingegaan.

Wanneer de arts meent dat van onrechtmatig gedrag geen sprake is, dan zal hij de gestelde onrechtmatige daad moeten betwisten of een rechtvaardigingsgrond moeten aanvoeren. Een voorbeeld betreft het handelen zonder toestemming van de patiënt in die gevallen waarin de patiënt bewusteloos is of waarin de wet – denk aan de Militaire Ambtenarenwet,

460 Zie bijvoorbeeld Gerechtshof Amsterdam 2 maart 2006, *LJN* AX3550. Zie ook Rechtbank Utrecht 18 april 2001, rolnr. 99/1086, opgenomen in de *Smartengeldgids* 2012, nr. 621 (geboorte van een doofkind als gevolg van het toedienen van het medicijn gentamycine aan de moeder tijdens de zwangerschap).

461 Zie voor het deskundigenbericht als bewijs par. 4.2.2.4.

462 Zie voor de verzwaarde motiveringsplicht van de hulpverlener par. 4.2.2.3.

463 Zie voor de stelplicht bij onrechtmatige daad ook C.H. Sieburgh, *Toerekening van een onrechtmatige daad* (diss. Groningen) 2000, p. 167.

464 Zie over toerekening van de onrechtmatige daad ook C.C. van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht, een grensoverschrijdend handboek*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000, nr. 902 en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6- IV* 2011, nr. 98.

de Penitentiaire beginselenwet en de Wegenverkeerswet – een uitzondering maakt op het vereiste om alleen met toestemming te handelen.⁴⁶⁵ Genoemd is ook de rechtvaardiging om inbreuk te maken op de bewegingsvrijheid van een psychiatrische patiënt.⁴⁶⁶

4.3.3 *Toerekening van de onrechtmatige daad*

Van toerekening van de onrechtmatige daad aan de arts krachtens schuld is sprake indien de arts, bekend met het vermijdbare risico van de gevolgen van zijn gedrag, toch onrechtmatig handelde.⁴⁶⁷ Had de arts de situatie kunnen voorkomen dan zal hem de daad doorgaans worden toegerekend. Van toerekening van de onrechtmatige daad aan het ziekenhuis wegens schuld aan de zijde van het ziekenhuis is sprake, indien het ziekenhuis – vertegenwoordigd door het bevoegd orgaan – gezien de vereiste mate van kennis en kunde anders had kunnen en moeten handelen.⁴⁶⁸ Ziekenhuizen dienen niet alleen te beschikken over de kennis en kunde die hoort bij hun rol in het maatschappelijk verkeer, maar zij moeten hun organisatie ten behoeve van derden – in dit geval de patiënt – ook zodanig inrichten dat deze kennis en kunde op de juiste tijd en plaats beschikbaar is en gebruikt wordt.⁴⁶⁹

‘Kenbaar’ houdt in dat het risico minimaal menselijkerwijs bekend is. De stand van de wetenschap en de techniek vormt het bodemvereiste voor de kenbaarheid. In het geval van de hulpverlener zal deze in eerste instantie gebaseerd worden op de professionele standaard ten tijde van de gedraging.⁴⁷⁰ Voldoende is bovendien de kenbaarheid dat een bepaalde gedraging schade van een algemene soort kan veroorzaken.⁴⁷¹ ‘Kenbaar’ houdt tevens in dat ook de rechtsnorm bekend moet zijn.⁴⁷² Ook ten aanzien van de vermijdbaarheid geldt dat het risico menselijkerwijs vermijdbaar was, dat gedrag waartoe niemand in staat

465 Zie daarvoor hoofdstuk 3, par. 3.3.

466 Zie par. 4.3.1.1.

467 Vaste jurisprudentie sinds HR 9 december 1966, *NJ* 1967, 69, met nt. G.J. Scholten. Zie ook C.C. van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht, een grensoverschrijdend handboek*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000, nr. 903.

468 C.C. van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht, een grensoverschrijdend handboek*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000, nr. 912.

469 Zie onder meer HR 9 januari 1998, *NJ* 1998, 586, met nt. M.M. Mendel.

470 C.C. van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht, een grensoverschrijdend handboek*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000, nr. 907 met verwijzing naar de Engelse uitspraak ‘Roe vs Minister of Health (1954) 2 QB 66, 84.

471 Zie bijvoorbeeld HR 2 december 1966, *NJ* 1967, 42 als voorbeeld voor deze ‘generaliseringstechniek’, maar ook HR 25 juni 1993, *NJ* 1993, 686, met nt. P.A. Stein en HR 29 november 2002, *NJ* 2003, 549, met nt. J.B.M. Vranken.

472 C.C. van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht, een grensoverschrijdend handboek*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000, nr. 905.

niet wordt verlangd en dat de stand van de wetenschap en techniek bepalend is.⁴⁷³

Aldus blijkt dat ook in het kader van de onrechtmatige daad de aanwezigheid van schuld beoordeeld moet worden naar hetgeen een redelijk bekwaam en redelijk handelend hulpverlener had behoren te kennen en had behoren te kunnen.⁴⁷⁴ Opnieuw wordt duidelijk dat de normschending samenvalt met de verwijtbaarheid.⁴⁷⁵

Schuld is daarentegen afwezig, indien er een beroep kan worden gedaan op een schuldsluitingsgrond. In het kader van de toerekenbaarheid van de tekortkoming wegens schuld is opgemerkt dat de arts een beroep kan doen op psychische overmacht.⁴⁷⁶ Met name bij comapatiënten (met welke patiënten een contractuele relatie ontbreekt zo er geen vertegenwoordiger optreedt) kan een arts in een zodanige gemoedstoestand komen te verkeren dat hij beslissingen over het leven van de patiënt neemt die hij onder andere omstandigheden niet zou nemen.⁴⁷⁷ Een beroep op psychische overmacht zal echter zelden slagen,⁴⁷⁸ en mogelijk wordt het gedrag de hulpverlener alsnog toegerekend krachtens de in het verkeer geldende opvattingen. Van toerekening krachtens de in het verkeer geldende opvattingen is sprake, indien een onrechtmatige daad, ongeacht de mate van kenbaarheid bij de hulpverlener en diens mogelijkheid tot het vermijden van het risico, voor diens risico moet komen.⁴⁷⁹ Als voorbeeld geldt de onrechtmatige daad van een onervaren arts. Deze arts kan zich niet verschuilen achter het verweer dat hij nog niet over de noodzakelijke kennis of capaciteiten beschikte.⁴⁸⁰

473 C.C. van Dam, Aansprakelijkheidsrecht, een grensoverschrijdend handboek, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000, nr. 907. Zie voor voorbeelden Gerechtshof Amsterdam 11 mei 1995, *NJkort* 1995, 41 (risico HIV-besmetting bij gebruik donorbloed) en Rechtbank Rotterdam 17 maart 2010, *LJN* BL8825 (lipodystrofie als bijwerking bij HIV besmette patiënten).

474 Bij deze maatstaf wordt getoetst aan een maatman: C.C. van Dam, Aansprakelijkheidsrecht, een grensoverschrijdend handboek, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000, nr. 909, 912, 913. Zie ook T. Vansweevelt, De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis (diss. Antwerpen), Antwerpen: Maklu, derde druk 1997, p. 147 en E.F.D. Engelhard en G.E. van Maanen, Aansprakelijkheid voor schade: contractueel en buitencontractueel, Monografieën BW, A15, Deventer: Kluwer 2008, p. 55.

475 Zie in die zin ook C.C. van Dam, Aansprakelijkheidsrecht, een grensoverschrijdend handboek, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000, nr. 913 en 917.

476 Zie par. 4.2.3.1.

477 HR 9 november 2004, *LJN* AP1493. Zie voor een uitvoeriger bespreking van het arrest par. 4.2.3.1.

478 Ook in HR 9 november 2004, *LJN* AP1493 werd het beroep op de schuldsluitingsgrond afgewezen.

479 Zie uitvoeriger over verkeersopvattingen Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* 2011, nr. 121-126.

480 C.C. van Dam, Aansprakelijkheidsrecht, een grensoverschrijdend handboek, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000, nr. 909, 912, 913. Zie ook mening T. Vansweevelt, De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis (diss. Antwerpen), Antwerpen: Maklu, derde druk 1997, p. 147 en E.F.D. Engelhard en G.E. van Maanen, Aansprakelijkheid voor schade: contractueel en buitencontractueel, Monografieën BW, A15, Deventer: Kluwer 2008, p. 55.

Toerekening krachtens de wet vindt plaats krachtens het bepaalde in artikel 6:165 BW. In dat artikel is bepaald dat de omstandigheid dat een arts als een doen te beschouwen gedraging van een persoon van veertien jaar of ouder is verricht onder invloed van een geestelijke of lichamelijke tekortkoming, geen beletsel is haar als een onrechtmatige daad toe te rekenen. Dit betekent dat de arts die de patiënt tijdens een operatie aan het gevaar van influenza en hoge koorts blootstelt, omdat de arts zelf ziek is, toch onrechtmatig handelen kan worden verweten. Hetzelfde geldt voor het uitschieten met een operatiemes, door het flauwvallen van de arts.⁴⁸¹ Ook een concentratieprobleem als gevolg van een *burn-out* van de bestuurder (tijdelijke geestelijke tekortkoming) van het ziekenhuis is geen reden om het ziekenhuis een organisatorische fout niet toe te rekenen.

4.3.4 *Kwalitatieve aansprakelijkheden*

4.3.4.1 **De regels van de artikelen 6:170 BW, 6:171 BW, 6:173 BW, 6:174 BW en 6:175 BW**

De kwalitatieve aansprakelijkheden vormen een andere buitencontractuele grondslag waarop de patiënt of een derde een recht op schadevergoeding kan baseren. In het kader van de geneeskundige behandeling zijn vooral relevant de artikelen 6:170 BW, 6:171 BW, 6:173 BW, 6:174 BW en 6:175 BW. Achtereenvolgens behelzen de wettelijke bepalingen een regeling van kwalitatieve aansprakelijkheid voor personen, roerende zaken, opstellen en gevaarlijke stoffen.

De grondslag van de kwalitatieve aansprakelijkheid speelt ten eerste een rol in de bijzondere gevallen waarin de relatie tussen patiënt en arts of patiënt en ziekenhuis niet wordt beheerst door een behandelingsovereenkomst.⁴⁸² In die gevallen immers, kan de patiënt geen beroep doen op de contractuele aansprakelijkheid voor personen of zaken als bedoeld in artikel 6:76 BW en artikel 6:77 BW. Zij speelt ten tweede een rol in die gevallen waarin een derde aanspraak maakt op vergoeding van schade. Derden worden doorgaans geen partij bij de overeenkomst die de patiënt met de hulpverlener sloot.⁴⁸³ Voorts is het mogelijk dat een contractuele tekortkoming tevens een kwalitatieve aansprakelijkheid oplevert. Zo levert het onvoldoende onderhouden van een medische hulpzaak de hulpverlener niet alleen aansprakelijkheid wegens een tekortkoming op, doch is hij tevens 'kwalitatief' aansprakelijkheid wanneer de gebrekkigheid van de zaak (veroorzaakt door het slechte onderhoud) een bijzonder gevaar in de zin van artikel 6:173 BW met zich brengt. Een vraag die in dit verband van belang is, is in hoeverre de contractuele rechtsverhouding tussen patiënt en

481 Flauwvallen wordt als een 'doen' gezien, zie Parl. Gesch. Boek 6 InvW, p. 1351.

482 Zie voor die situaties hoofdstuk 3, par. 3.3.

483 Zie hoofdstuk 3, par. 3.2.2.

hulpverlener van invloed is op de kwalitatieve aansprakelijkheid van de hulpverlener: zet zij de kwalitatieve aansprakelijkheid opzij? Dit laatste lijkt niet snel te mogen worden aangenomen: het bestaan van een geneeskundige behandelingsovereenkomst doet niet zonder meer afbreuk aan de rechten die de patiënt aan een kwalitatieve aansprakelijkheid kan ontlelen.⁴⁸⁴

Een voorbeeld waarin zowel artikel 6:74 BW in samenhang gelezen met artikel 6:77 BW als artikel 6:173 BW als grondslag werd ingeroepen door een patiënt is een zaak die ter beoordeling werd voorgelegd aan de Rechtbank Arnhem. De patiënte stelde dat zij haar gezichtsvermogen was verloren als gevolg van het gebruik van het instrumentarium waarmee haar oog was behandeld. De vordering werd overigens afgewezen nu niet kwam vast te staan dat het instrumentarium ongeschikt of gebrekkig was geweest.⁴⁸⁵

Desalniettemin is het de vraag of de patiënt veel van de kwalitatieve aansprakelijkheid gebruik zal maken, wanneer deze tevens de mogelijkheid heeft om uit hoofde van het contract te ageren. Zoals zal blijken, worden aan de kwalitatieve aansprakelijkheid eisen gesteld die niet zijn terug te vinden in de artikelen 6:76 BW en 6:77 BW. De kwalitatieve aansprakelijkheden worden hieronder op hoofdlijnen nader uitgewerkt. Daarbij wordt aangegeven in welk opzicht een afwijking wordt gesignaleerd ten opzichte van de aansprakelijkheid voor een tekortkoming door een ander of door het gebruik van een ongeschikte hulpzaak.

4.3.4.2 Kwalitatieve aansprakelijkheid van de arts en het ziekenhuis voor personen

Hulpverleners maken gebruik van personeel zoals artsen en assistenten. Ingevolge artikel 6:170, eerste lid, BW is een hulpverlener aansprakelijk voor schade van de patiënt, indien het personeel, over wie de hulpverlener in juridische zin zeggenschap heeft en in wiens dienst het personeel zijn taak vervulde, bij de behandeling van de patiënt een fout maakt en de kans op die fout door de opdracht van de hulpverlener tot het verrichten van deze taak is vergroot.⁴⁸⁶

484 HR 27 april 2001, *NJ* 2002, 54, met nt. C.J.H. Brunner (in deze zaak ging het om de aansprakelijkheid van de bezitter van een dier ten opzichte van een dierenarts).

485 Rechtbank Arnhem 23 februari 2005, *LJN* AT2447. Zie ook Rechtbank Rotterdam 2 maart 2011, *LJN* BP9372.

486 Zie voor ondergeschiktheid in de zin van een juridische gezagsverhouding Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* 2011, nr. 183. Zie voor het vereiste van functionele samenhang en de fout van de ondergeschikte HR 9 november 2007, *LJN* BA7557 rov. 4.2.2 tot en met 4.2.4 en rov. 4.4 en HR 30 oktober 2009, *LJN* BJ6020. Zie hierover ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* 2011, nr. 187. Zie voor een voorbeeld van zeggenschap Rechtbank Breda 30 juli 1985, *NJ* 1986, 32 (zeggenschap arts over assistent).

Het is ingevolge de hoofdregel van artikel 150 Rv aan de patiënt om de feiten en omstandigheden die tot aansprakelijkheid leiden te stellen en, bij betwisting, te bewijzen. Slaagt de patiënt er bijvoorbeeld in om te bewijzen dat de assistente, die op basis van een arbeidsovereenkomst voor een penitentiair arts werkt en in het kader van de gezondheidsbeoordeling van de gedetineerde werd opgedragen om bloed af te nemen, enkele bloedmonsters verwisselde waardoor de patiënt een niet op hem toepasbare uitslag is gegeven, dan is de penitentiair arts, naast de assistente, hoofdelijk aansprakelijk voor de fout van deze assistente.⁴⁸⁷ De assistente zelf hoeft niet noodzakelijkerwijs door de patiënt te worden aangesproken. Wel zal zij – zo de arts haar hierop aanspreekt – in de schadevergoeding hebben bij te dragen, indien haar fout met opzet is verricht of zij daarbij bewust roekeloos heeft gehandeld, zo bepaalt artikel 6:170, derde lid, BW.⁴⁸⁸ De penitentiair arts is echter niet aansprakelijk op grond van artikel 6:170 BW, indien de assistente gebruik maakt van een gevaarlijke gebrekkige zaak als bedoeld in artikel 6:173 BW, zij de bezitter van die zaak is en die gebrekkigheid de oorzaak van de schade is.⁴⁸⁹ Deze assistent heeft geen ‘fout’ gemaakt als bedoeld in artikel 6:170 BW, maar is ‘slechts’ aansprakelijk, omdat zij de hoedanigheid heeft van bezitter van de gebrekkige zaak. Hierin is een afwijking gelegen ten opzichte van artikel 6:76 BW. Immers, ook indien de hulppersoon van de arts gebruik maakt van een ongeschikte hulpzaak ontstaat aansprakelijkheid van de arts als contractspartij.⁴⁹⁰ De penitentiair arts is evenmin aansprakelijk wanneer hij in teamverband samenwerkt en een van de andere artsen een fout maakt, nu deze relatie de vereiste mate van ondergeschiktheid en zeggenschap over het gedrag van de andere arts ontbeert. Dit is niet anders, wanneer de penitentiair arts zich laat waarnemen door een collega. Ook dan is van ondergeschiktheid geen sprake en mist artikel 6:170 BW toepassing. Wederom is sprake van een afwijking ten opzichte van de contractuele aansprakelijkheid. Immers, onder omstandigheden is de arts op grond van artikel 6:74 BW in samenhang gelezen met artikel 6:76 BW voor een tekortkoming van zijn waarnemer aansprakelijk.⁴⁹¹

Een voorbeeld van het ontbreken van ondergeschiktheid en dientengevolge van aansprakelijkheid van de arts uit hoofde van artikel 6:170 BW (1403, derde lid, Oud BW) betreft de zaak waarin een chirurg een operatie uitvoerde met drie gekwalificeerde artsen als assistenten en een gekwalificeerde operatiezuster. Vast stond dat deze assistenten en zuster niet waren aangesteld door de chirurg. Tijdens de operatie viel een injectienaald in het lichaam van de patiënte en

487 Zie over deze hoofdelijke aansprakelijkheid in algemene zin ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* 2011, nr. 168 en 172.

488 Zie ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* 2011, nr. 172 en 194-196.

489 Zie over aansprakelijkheid op grond van artikel 6:173 BW par. 4.3.4.3.

490 Zie par. 4.2.3.3.

491 Zie par. 4.2.3.3.

werd daarin achtergelaten. De patiënte stelde de chirurg aansprakelijk voor haar schade en grondde dit op de aansprakelijkheid van de chirurg voor het gedrag van de assistenten. Het hof, oordelend in hoger beroep, meende dat de chirurg niet aansprakelijk was voor het gedrag van de assistenten en de zuster, omdat sprake was van een gekwalificeerd team binnen welk team een ieder zijn eigen verantwoordelijkheid had. Naar het oordeel van de Hoge Raad had het Hof onder die omstandigheden de andere leden van het team terecht niet aangemerkt als ondergeschikten in de zin van artikel 1403, derde lid BW, daar zij niet werkten voor en ten behoeve van de chirurg en deze hen niet voor die werkzaamheden gebruikte. Hieraan deed niet af, dat de assistenten en de operatiezuster jegens degenen in wier dienst zij stonden, verplicht waren hun werkzaamheden met betrekking tot de operatie te verrichten volgens de voorschriften en aanwijzingen van de chirurg, aldus de Hoge Raad.⁴⁹²

Het vereiste van ‘ondergeschiktheid’ houdt daarentegen niet in dat de ondergeschikte geen enkele vorm van zelfstandigheid mag hebben, wil artikel 6:170 BW van toepassing zijn. Onder het begrip ‘ondergeschikten’ vallen ook diegenen die in het algemeen zelfstandig en naar eigen inzicht hun werkzaamheden inrichten, zoals artsen en verloskundigen in dienstverband.⁴⁹³ Het ziekenhuis is dus evenzeer aansprakelijk voor schade van de patiënt, indien de bij het ziekenhuis in (loon)dienst zijnde arts een onrechtmatige daad pleegt die verband houdt met de hem opgedragen taak.⁴⁹⁴ Een en ander betekent ook dat in het geval de verloskundige die bij het ziekenhuis in dienst is ten onrechte nalaat bij de vrouw prenatiaal onderzoek te verrichten waardoor zij geen beslissing kan nemen over beëindiging van de zwangerschap en om die reden onrechtmatig handelt tegenover het kind en de vader,⁴⁹⁵ het ziekenhuis op grond van artikel 6:170 BW naast de verloskundige (hoofdelijk) aansprakelijk is jegens het kind en de vader.⁴⁹⁶

Een voorbeeld betreft de zaak van Baby Kelly. De verloskundige die toerekenbaar tekort was geschoten ten opzichte van de vrouw en onrechtmatig handelende ten aanzien van het ongeboren kind en de vader, was in dienst van het ziekenhuis. De ouders hadden de vordering van het kind en de vader jegens het zie-

492 HR 31 mei 1968, NJ 1968, 323 (Nuboor-arrest).

493 Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* 2011, nr. 183.

494 Zie voor een voorbeeld van ontbreken van zeggenschap van het ziekenhuis over het gedrag van een assistent (de arts had zeggenschap) en afwezigheid van aansprakelijkheid Rechtbank 30 juli 1985, NJ 1986, 32.

495 Zie de overwegingen in HR 18 maart 2005, NJ 2006, 606, met nt. J.B.M. Vranken (Baby Kelly).

496 Zie over de aansprakelijkheid van het ziekenhuis voor een verloskundige op grond van artikel 6:170 BW ook Rechtbank Groningen 9 november 1990, TvGr 1992, nr. 15. Zie over de aanwezigheid van meerdere daders ook T. Hartlief, ‘Waar ligt de toekomst van artikel 6:170: in Wenen of in Brussel?’, AA 54 (2011) 1, p. 53-58.

kenhuis gebaseerd op aansprakelijkheid als werkgever van de verloskundige (artikel 6:170 BW). De overwegingen van de Rechtbank 's-Gravenhage, kenbaar uit het arrest van de Hoge Raad, kwamen inderdaad neer op aansprakelijkheid van het ziekenhuis op grond van artikel 6:170 BW. De Hoge Raad noemde artikel 6:170 BW niet, maar oordeelde dat de verloskundige een 'fout' had begaan in de zin van artikel 6:162 BW.⁴⁹⁷ Zowel de verloskundige als het ziekenhuis moest overgaan tot betaling van een schadevergoeding. Naar mijn mening kon dit niet anders dan op grond van artikel 6:170 BW in combinatie met artikel 6:162 BW.

Wat nu is rechtens indien de zelfstandig werkend arts niet in (loon)dienst maar op basis van een toelatingsovereenkomst in het ziekenhuis werkzaam is en hij een fout maakt? Deze arts is geen ondergeschikte van het ziekenhuis en dus is artikel 6:170 BW niet van toepassing. Bij ontbreken van ondergeschiktheid biedt artikel 6:171 BW echter een grondslag.⁴⁹⁸ Artikel 6:171 BW bepaalt dat indien een niet-ondergeschikte jegens een derde aansprakelijk is voor een bij die werkzaamheden begane fout – vereist is deelname aan de bedrijfsvoering⁴⁹⁹ – ook die ander jegens de derde aansprakelijk is.⁵⁰⁰ Aldus is bijvoorbeeld in het geval de toegelaten arts na een geboorte ten onrechte een sterilisatie verricht bij de vrouw, waarmee hij onrechtmatig handelt ten aanzien van haar partner,⁵⁰¹ ook het ziekenhuis jegens de partner aansprakelijk op grond van artikel 6:171 BW. Regres van het ziekenhuis op de arts is mogelijk ook zonder opzet of bewuste roekeloosheid: artikel 6:171 BW kent

497 HR 18 maart 2005, *NJ* 2006, 606, met nt. J.B.M. Vranken (Baby Kelly).

498 De toepasbaarheid van artikel 6:171 BW op de toegelaten arts is beschreven in de Parl. Gesch. Boek 6, p. 729. Zie voor een voorbeeld Rechtbank 's-Gravenhage 16 juni 1994, *KG* 1994, 244. Zie over de afbakening ondergeschikte en niet-ondergeschikte ('binnengrens') R.D. Lubach, *Aansprakelijkheid voor zelfstandige hulppersonen* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2005, p. 163 en 189. Zie voor de afbakening van de deelname aan de bedrijfsvoering van de opdrachtgever Parl. Gesch. Boek 6, p. 729 en ('buitengrens') R.D. Lubach, *Aansprakelijkheid voor zelfstandige hulppersonen* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2005, p. 242. De omstandigheid dat de schadetoebrengende handelingen zijn verricht op verzoek van een derde, staat aan toepassing van artikel 6:171 BW niet in de weg: Gerechtshof 's-Gravenhage 15 juni 2010, *LJN* BN4732, rov. 10 en 12. Artikel 6:171 BW is ook van toepassing, indien het de benadeelde duidelijk was dat de fout is gemaakt door een fout van een niet ondergeschikte, HR 18 juni 2010, *LJN* BL9690 en Rechtbank Breda 16 februari 2011, *LJN* BP5717.

499 Het vereiste van deelname aan de bedrijfsvoering van de opdrachtgever moet restrictief moet worden uitgelegd: HR 21 december 2001, *NJ* 2002, 75 en Gerechtshof 's-Gravenhage 15 juni 2010, *LJN* BN7432.

500 Parl. Gesch. Boek 6, p. 729. Zie ook HR 11 mei 2001, *NJ* 2001, 631, met nt. K.F. Haak, rov. 3.9. Zie voor de gedachte achter artikel 6:171 BW: Parl. Gesch. Boek 6, p. 729 en 730. Zie ook HR 21 december 2001, *NJ* 2002, 75 en Gerechtshof 's-Gravenhage 15 juni 2010, *LJN* BN7432. Zie voorts T. Hartlief, 'Waar ligt de toekomst van artikel 6:170: in Wenen of in Brussel?', *AA* 54 (2011) 1, p. 53-58. Zie voor het functioneel verband tussen ziekenhuis en laboratorium R.D. Lubach, *Aansprakelijkheid voor zelfstandige hulppersonen* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2005, p. 363.

501 Rechtbank 's-Gravenhage 28 juni 2006, *L&S* 2006, 66.

niet een met artikel 6:170, derde lid, BW vergelijkbare beschermingsgedachte.⁵⁰² Een en ander leidt tot de conclusie dat er een met de ‘centrale aansprakelijkheid’ van artikel 7:462 BW vergelijkbare vorm van aansprakelijkheid bestaat voor het ziekenhuis, dat ter uitvoering van zijn bedrijf gebruik maakt van toegelaten arts.⁵⁰³ Artikel 6:171 BW en de aansprakelijkheid van het ziekenhuis voor gedrag van de toegelaten arts geldt daarentegen niet, indien de schade is veroorzaakt door een gebrekkige roerende zaak, als bedoeld in artikel 6:173 BW, van welke zaak de toegelaten arts bezitter is. In zoverre is niet alleen sprake van een verschil met artikel 6:76 BW, maar ook met de centrale aansprakelijkheid van het ziekenhuis, nu zowel artikel 6:76 BW als artikel 7:462 BW toepassing vindt als de schade is veroorzaakt door het gebruik van een ongeschikte hulpzaak door de toegelaten arts, als bedoeld in artikel 6:77 BW.

Tot slot zij vermeld dat voor een fout van een niet-ondergeschikte de *arts* eveneens verantwoordelijk kan worden gehouden, mits deze niet-ondergeschikte in zijn opdracht werkzaamheden ten behoeve van *zijn bedrijf* verricht. Omdat het artikel vereist dat er ‘bedrijfsmatig’ werk wordt verricht, vallen vrije beroepen, zoals dat van de arts, buiten het bereik van dit artikel, tenzij de arts bijvoorbeeld in een BV opereert.⁵⁰⁴ Omdat BV’s en andere rechtsvormen steeds meer voorkomen, zal ook artikel 6:171 BW vaker van toepassing zijn.⁵⁰⁵

4.3.4.3 Kwalitatieve aansprakelijkheid van de arts en het ziekenhuis voor roerende zaken

Hulpverleners maken bij de uitvoering van geneeskundige behandelingen gebruik van medische hulpzaken. Is de hulpverlener bezitter van een dergelijke (roerende) zaak en is bekend dat de zaak, zo zij niet voldoet aan de eisen die men in de gegeven omstandigheden aan de zaak mag stellen, een bijzonder gevaar voor personen of zaken oplevert, dan is de hulpverlener ingevolge artikel 6:173, eerste lid, BW in beginsel aansprakelijk wanneer dit gevaar zich verwezenlijkt.⁵⁰⁶ Als voorbeeld kan worden gedacht aan de aansprakelijkheid van een ziekenhuis dat ter onderzoek van een infectieziekte de in quarantaine genomen patiënt met een infuusnaald van medicatie voorziet, welke naald bij het vervangen ervan afbreekt in het lichaam van de patiënt.

502 Zie nader R.D. Lubach, *Aansprakelijkheid voor zelfstandige hulppersonen* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2005, p. 189.

503 Zie voor de centrale aansprakelijkheid par. 4.4.

504 Parl. Gesch. Boek 6, p. 729 en 730.

505 P.L. Meurs e.a. (Commissie Inkomens Medisch Specialisten), *Gezond belonen, beleidsopties voor de inkomens van medisch specialisten*, 2012, p. 10.

506 De arts of het ziekenhuis is bezitter als hij de zaak voor zichzelf houdt: artikel 3:107 BW.

Daarnaast kan het ziekenhuis, ook als het geen bezitter is van de roerende zaak, aansprakelijk zijn wegens zijn hoedanigheid van bedrijfsmatig gebruiker als bedoeld in artikel 6:181 BW.⁵⁰⁷ Artikel 6:181 BW bepaalt dat indien de in artikel 6:173 BW bedoelde zaken gebruikt worden in de uitoefening van een bedrijf, de aansprakelijkheid berust bij degene die dit bedrijf uitoefent in plaats van bij de bezitter. *Beroepsmatig* gebruik valt niet onder de reikwijdte van artikel 6:181 BW,⁵⁰⁸ en daarom geldt de aansprakelijkheid op deze grond alleen voor de arts die zijn praktijk in een rechtspersoon heeft ondergebracht. In zoverre wijkt de regel af van artikel 6:74 BW in samenhang gelezen met artikel 6:77 BW. Ingevolge artikel 6:77 BW immers leidt het gebruik tot aansprakelijkheid, ongeacht of dat gebruik beroeps- of bedrijfsmatig is. Voorts kent artikel 6:77 BW niet het vereiste dat de zaak een bijzonder gevaar moet opleveren: de ongeschiktheid is voldoende.⁵⁰⁹

De patiënt moet ingevolge de hoofdregel van artikel 150 Rv stellen en, bij betwisting, bewijzen dat de hulpverlener bezitter (of bedrijfsmatig gebruiker) is, de zaak gebrekkig is en een bijzonder gevaar oplevert.⁵¹⁰ De hulpverlener ontkomt echter aan aansprakelijkheid indien hij stelt en, bij betwisting, bewijst dat aansprakelijkheid zou hebben ontbroken, indien hij het bijzondere (verwezenlijkte) gevaar op het tijdstip van het ontstaan daarvan zou hebben gekend, aldus artikel 6:173, eerste lid, (slotzin) BW.⁵¹¹ Daarnaast maakt ook artikel 6:173, tweede lid, een uitzondering op de regel dat de arts en het ziekenhuis aansprakelijk zijn voor een gebrekkige zaak. De hulpverlener is niet aansprakelijk indien de zaak niet voldoet wegens een 'veiligheidsgebrek' waarvoor de producent ingevolge Boek 6, titel 3, afdeling 3, BW (artikel 6:185 BW en verder) aansprakelijk is.⁵¹² Het is ingevolge de hoofdregel van artikel 150 Rv aan de arts of het ziekenhuis om aansprakelijkheid van de producent te stellen en, bij betwisting, te bewijzen. Opgemerkt wordt dat aansprakelijkheid op grond van artikel 6:173 BW op dit punt afwijkt van de aansprakelijkheid op grond van artikel 6:74 BW in samenhang gelezen met artikel 6:77 BW. In artikel 6:77 BW immers is 'slechts' bepaald dat de arts of het ziekenhuis alleen niet aansprakelijk is, indien de aard en strekking van de overeenkomst en/of de verkeersopvattingen dit redelijkerwijs met zich brengen.⁵¹³ Overigens zal ook de hulpverlener de patiënt niet naar de producent mogen verwijzen indien het, alle omstandigheden in aanmerking genomen, aannemelijk is dat

507 Zie over de aansprakelijkheid van een bedrijfsmatig gebruiker ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* 2011, nr. 229-231.

508 Parl. Gesch. Boek 6, p. 719-720. 729-731 en 745-746.

509 Zie par. 4.2.3.3.

510 Zie voor een voorbeeld van een bevallingstafel die niet als gebrekkig werd aangemerkt Rechtbank Rotterdam 2 maart 2011, *LJN* BP9372. Zie voor de bewijslast van gebrekkigheid ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* 2011, nr. 218. De term 'bijzonder' is opgenomen ter onderscheiding van het algemene gevaar dat aan het gebruik van een bepaalde zaak is verbonden: Parl. Gesch. Boek 6, p. 743.

511 Zie voor de 'tenzij- clause' nader Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* 2011, nr. 224- 227.

512 Zie voor een uitwerking van de aansprakelijkheid van de producent hoofdstuk 5.

513 Zie par. 4.2.3.3.

het gebrek niet bestond op het tijdstip waarop het product in het verkeer is gebracht of dat het gebrek op een later tijdstip is ontstaan, zo volgt uit artikel 6:173, tweede lid, sub a, BW. Het is aan de patiënt om dit te stellen en, bij betwisting, te bewijzen, zo wijst de hoofdregel van artikel 150 Rv uit.

Zoals ook bij de contractuele aansprakelijkheid op grond van artikel 6:74 BW in combinatie met 6:77 BW is opgemerkt, werd bij de totstandkoming van het Nieuw BW geworsteld met de implementatie van de Europese Richtlijn inzake productaansprakelijkheid.⁵¹⁴ Uit de parlementaire geschiedenis van artikel 6:173 BW blijkt dat onder meer de vraag centraal stond wat de invloed van de aansprakelijkheid van een producent zou moeten zijn op de aansprakelijkheid van de bezitter van een roerende zaak en de bedrijfsmatige gebruiker van een roerende zaak.⁵¹⁵ Een risicoaansprakelijkheid voor bijvoorbeeld de particuliere bezitter van een roerende zaak met een verborgen gebrek zou met zich brengen dat deze verdergaand aansprakelijk zou zijn dan de ‘rijke en machtige’ producent, een gedachte die onaanvaardbaar werd geacht. Ten aanzien van de bedrijfsmatige gebruiker werd dit minder onredelijk geacht, reden waarom aanvankelijk de idee ontstond alleen de bedrijfsmatige gebruiker van een roerende zaak risicoaansprakelijk te houden.⁵¹⁶ Voorts moest worden vermeden dat sprake was van een overlap van risicoaansprakelijkheid uit hoofde van de wet. Bovendien moest worden vermeden dat de bezitter van een zaak (of de degene die deze in de uitoefening van zijn bedrijf gebruikt) voor een gebrek dat bij het in het verkeer brengen van de zaak door de producent reeds bestond, aansprakelijk is, ook in gevallen dat de producent dat zelf volgens de richtlijn productenaansprakelijkheid niet is.⁵¹⁷ Uiteindelijk is besloten om de aansprakelijkheid op de bezitter te laten rusten, met dien verstande dat indien sprake is van een gebrekkig product in de zin van de regeling van de productenaansprakelijkheid – thans neergelegd in Boek 6, titel 3, afdeling 3, BW – en schade als in die afdeling bedoeld, alleen de producent aansprakelijk is.

514 Richtlijn 85/374/EEG, PbEG 1985, L 210/29.

515 Parl. Gesch. Boek 6 InvW, p. 1372-1375 en 1386-1387.

516 Parl. Gesch. Boek 6 InvW, p. 1386 en 1387.

517 Parl. Gesch. Boek 6 InvW, p. 1387.

4.3.4.4 Kwalitatieve aansprakelijkheid van de arts en het ziekenhuis voor opstellen

Geneeskundige behandelingen worden doorgaans verricht in een opstal. 'Opstal' is het gebouw of het werk, dat duurzaam met de grond is verenigd, hetzij rechtstreeks, hetzij door vereniging met andere gebouwen of werken, aldus artikel 6:174, vierde lid, BW.⁵¹⁸

De hulpverlener is volgens de regel van artikel 6:174, eerste lid, BW aansprakelijk indien de patiënt stelt en bewijst dat de opstal waarvan de hulpverlener bezitter is,⁵¹⁹ door zijn gebrekkige toestand,⁵²⁰ gevaar oplevert voor de patiënt (of voor andere personen) en dat dit gevaar zich heeft verwezenlijkt.⁵²¹ 'Gebrekkig' is een opstal die niet voldoet aan de eisen die men uit het oogpunt van veiligheid aan de desbetreffende opstal mag stellen.⁵²² De omstandigheid dat een opstal in algemene zin voldoet aan alle veiligheidsvoorschriften van de brandweer en arbeidsinspectie staat niet in de weg aan het oordeel dat de opstal niet voldoet aan de eisen die men daaraan in de gegeven omstandigheden mag stellen.⁵²³ Bij de beoordeling zijn van belang de aard van de opstal, de functie van de opstal, de fysieke toestand van de opstal ten tijde van de verwezenlijking van het gevaar en het van de opstal te verwachten gebruik door derden.⁵²⁴ Voorts dient in aanmerking te worden genomen de grootte van de kans op verwezenlijking van het aan de opstal verbonden gevaar, alsmede de mogelijkheid en bezwaarlijkheid van te nemen veiligheidsmaatregelen.⁵²⁵ De naar objectieve maatstaven te beoordelen kenbaarheid van het gebrek en het daaraan verbonden gevaar is mede bepalend.⁵²⁶ Als voorbeeld van aansprakelijkheid van het ziekenhuis op grond van artikel 6:174 BW kan worden gedacht aan schade veroorzaakt door brand in

518 Het begrip opstal moet ruim worden uitgelegd. Zie voor algemene voorbeelden Parl. Gesch. Boek 6, p. 760 en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* 2011, nr. 233. Vloeren: Gerechtshof 's-Hertogenbosch 5 februari 2002, VR 2003, 139; deuren: Gerechtshof Amsterdam 5 april 2001, VR 2002, 93; liften: Gerechtshof 's-Gravenhage 22 maart 2000, VR 2001, 143; roltrappen: Rechtbank Haarlem 7 januari 2004, L/JN AO1558; ramen: Rechtbank Amsterdam 16 mei 2007, L/JN BA6824; muren: Gerechtshof Amsterdam 21 juni 1956, NJ 1957, 261.

519 Degene die als eigenaar van de opstal of van de grond staat ingeschreven wordt *vermoed* daarvan de bezitter te zijn, aldus artikel 6:174, vijfde lid, BW. Zie ook artikel 6:174, tweede lid, BW in geval van erfpacht en artikel 6:174, derde lid, BW in geval van ondergrondse werken. Zie voor medebezit: HR 8 oktober 2010, NJ 2011, 465, met. nt. T. Hartlief. Zie ook Parl. Gesch. Boek 6, p. 756.

520 Zie voor de 'toestand' die gebrekkig moet zijn: Parl. Gesch. Boek 6, p. 755. Zie voor voorbeelden Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* 2011, nr. 236.

521 Zie voor de achtergrond van artikel 6:174 BW: Parl. Gesch. Boek 6, p. 753. Zie voor het vereiste van verwezenlijking van het gevaar: Parl. Gesch. Boek 6, p. 755. Zie voorts (niet-medisch) HR 30 november 2012, L/JN BX7487.

522 HR 20 oktober 2000, NJ 2000, 700; HR 15 juni 2001, NJ 2002, 336, met nt. C.J.H. Brunner en HR 17 december 2010, NJ 2012, 155, met nt. T. Hartlief.

523 HR 20 oktober 2002, NJ 2000, 700.

524 HR 17 november 2000, NJ 2001, 10.

525 HR 17 december 2010, NJ 2012, 155, met nt. T. Hartlief, rov. 4.4.3.

526 HR 17 december 2010, NJ 2012, 155, met nt. T. Hartlief, rov. 4.4.4.

een penitentiair ziekenhuis wegens de aanwezigheid van brandbaar isolatiemateriaal terwijl minder brandbaar isolatiemateriaal te verkrijgen is.⁵²⁷

Het ziekenhuis kan ook aansprakelijk zijn als bedrijfsmatig gebruiker van de opstal, aldus artikel 6:181 BW.⁵²⁸ Staat de schade evenwel niet in verband met de bedrijfsuitoefening, wat het ziekenhuis moet stellen en, bij betwisting, moet bewijzen, dan kan de desbetreffende bezitter aansprakelijk zijn in plaats van het ziekenhuis, hetgeen aldus afwijkend is ten opzichte van de bezitter en bedrijfsmatig gebruiker van een roerende zaak.⁵²⁹ Wel gelijk aan het gebruik van een roerende zaak is dat *beroepsmatig* gebruik van een opstal niet onder de reikwijdte van artikel 6:181 BW valt.

Zie voor een voorbeeld van de aansprakelijkheid van het ziekenhuis wegens een gebrek in een opstal een uitspraak van de Rechtbank Amsterdam. Op een van de verdiepingen van het ziekenhuis alwaar schilderwerkzaamheden werden uitgevoerd, viel een tuimelraam uit het gebouw van het ziekenhuis. De voorbijganger die het raam op zijn hoofd kreeg, stelde het ziekenhuis aansprakelijk op grond van artikel 6:174 BW. De rechtbank overwoog dat voor de dientengevolge door de voorbijganger geleden schade het ziekenhuis als bezitter van het gebouw waar het valraam onderdeel van uitmaakte, op de voet van artikel 6:174 BW aansprakelijk was. Het ziekenhuis verweerde zich met de stelling dat het het ziekenhuis als bouwterrein aan 'de Bouwcombinatie' ter beschikking had gesteld, die het vervolgens ten tijde van het ongeval gebruikte in de uitoefening van haar bedrijf, zodat ingevolge het bepaalde in artikel 6:181 BW niet het ziekenhuis maar de Bouwcombinatie als aansprakelijke partij had te gelden. De rechtbank volgde het ziekenhuis daarin niet. Zij overwoog: 'Het staat de benadeelde vrij te kiezen jegens welke aansprakelijke partij(en) en op welke grondslag(en) hij zijn vordering wenst in te stellen. Dit is slechts anders indien de wet zulks voorschrijft of onvermijdelijk meebrengt (Hoge Raad 15 november 2002, NJ 2003, 48). Aangezien artikel 6:174 BW, noch artikel 6:181 BW een dergelijk uitdrukkelijk voorschrift bevat, terwijl met artikel 6:181 BW juist is beoogd de mogelijkheden voor de benadeelde te verruimen, is niet in te zien waarom de benadeelde niet naast de Bouwcombinatie als eventueel gebruiker, ook [het ziekenhuis] als bezitter van de opstal zal kunnen aanspreken.'⁵³⁰

527 HR 20 oktober 2002, NJ 2000, 700.

528 Zie over 'gebruiker' uitvoeriger Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* 2011, nr. 238.

529 Parl. Gesch. Boek 6 p. 746.

530 Rechtbank Amsterdam 16 mei 2007, LJN BA6824.

Hoewel het hier schade van een voorbijganger betrof, kunnen de overwegingen een-op-een worden toegepast op de situatie dat de patiënt wordt getroffen, zo meen ik.

De hulpverlener ontkomt aan aansprakelijkheid wanneer de stellingen van de patiënt met succes worden betwist of met succes wordt betoogd dat aansprakelijkheid zou hebben ontbroken, indien hij het gevaar op het tijdstip van het ontstaan ervan zou hebben gekend.⁵³¹ Er bestaat bijvoorbeeld geen aansprakelijkheid voor een van buiten komende oorzaak, of wanneer het ziekenhuis alle maatregelen heeft getroffen om de gevaarlijke toestand te beëindigen maar het gevaar zich niettemin heeft verwezenlijkt of dat in de gegeven omstandigheden maatregelen nog niet te vergen waren of onder een publiekrechtelijk verbod vielen.⁵³²

Tot slot wordt opgemerkt dat artikel 6:174 BW, anders dan artikel 6:173 BW, geen kanalisatie naar de producent kent. De reden hiervoor is dat het minder voor de hand ligt de producent aansprakelijk te achten voor een gebrekkige opstal dan voor een gebrekkige roerende zaak. Het geval dat een gebrek van een gebouw een gebrek in de zin van artikel 6:186 BW oplevert, is zowel zeldzamer als aanzienlijk moeilijker vast te stellen.⁵³³

4.3.4.5 Kwalitatieve aansprakelijkheid van de arts en het ziekenhuis voor gevaarlijke stoffen

De laatst te bespreken kwalitatieve aansprakelijkheid betreft die van de aansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen, geregeld in artikel 6:175 BW.⁵³⁴ De hulpverlener is ingevolge artikel 6:175, eerste lid, BW aansprakelijk indien hij in de uitoefening van zijn beroep, respectievelijk bedrijf, een stof gebruikt of onder zich heeft – bezit is dus niet vereist en het artikel is niet beperkt tot bedrijfsmatig gebruik⁵³⁵ –, terwijl van deze stof bekend is dat zij zodanige eigenschappen heeft, dat zij een bijzonder gevaar van ernstige aard voor de

531 Zie daarover ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* 2011, nr. 224. Zie voorts (niet-medisch) HR 30 november 2012, *LJN* BX7487.

532 Parl. Gesch. Boek 6, p. 755 en 756. Zie ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* 2011, nr. 237. Zie voorts HR 17 december 2010, *NJ* 2012, 155, met nt. T. Hartlief, rov. 4.5.1 e.v.

533 Kamerstukken II 1987/88, 19636, nr. 6, p. 13-14 (MvA).

534 De opzet van het artikel in zijn huidige vorm is voortgekomen uit verschillende, onderling verweven ontwikkelingen, te weten de (latere) invoering van Boek 8 BW, de behandeling van de Wet Bodembescherming en de wens uitvoering te geven aan het Nationaal Milieubeleidsplan: Kamerstukken II 1989/90, 21202, nr. 3, p. 2-3 (MvT). Op 28 juni 1989 werd het beoogde wetsontwerp bij de Tweede kamer ingediend: Kamerstukken II 1988/89, 21202, nr. 1 (KB) en nr. 2 (Voorstel van Wet). Zie tevens Kamerstukken II 1991/92, 21202, nr. 11 (Gewijzigd Voorstel van Wet). De aanvulling is in werking getreden op 1 februari 1995: Stb. 1994, 846 en Stb. 1994, 887.

535 Als voorbeeld van de beroepsmatig gebruiker is genoemd de apotheekehoudende huisarts in Kamerstukken II 1992/93, 21202, nr. 15, p. 2 (Tweede Nota van wijziging).

patiënt (of een ander persoon) oplevert, wanneer dit gevaar zich verwezenlijkt.⁵³⁶ Het begrip ‘stof’ omvat gassen, vloeistoffen en vaste stoffen, ongeacht hun samenstelling, vorm of verpakking en onverschillig of het gaat om grondstoffen, hulpstoffen, halffabricaten of eindproducten. Ook kunnen er micro-organismen onder worden begrepen. Als voorbeeld worden genoemd springstoffen, radioactieve stoffen en voorts bacterie- en viruskwaken.⁵³⁷ Het begrip ‘stof’ is dus ruimer dan het begrip ‘zaak’ en in zoverre is een aansprakelijkheid vergelijkbaar met de kwalitatieve aansprakelijkheid voor stoffen in de contractuele sfeer onbekend.

Voor toepassing van artikel 6:175 BW is vereist dat de stof eigenschappen bezit die als ‘bijzonder gevaarlijk’ kunnen worden aangemerkt. Het enkele (bijzondere) gevaar van ernstige aard is voldoende en het is dus niet nodig dat de stof daarnaast een gebrek vertoont. Op de patiënt rust ingevolge de hoofdregel van artikel 150 Rv de last te stellen en, bij betwisting te bewijzen, dat de stof een bijzonder gevaar van ernstige aard vormt. Als bijzonder gevaar van ernstige aard geldt in elk geval dat de stof ontplofbaar, oxyderend, ontvlambaar, licht ontvlambaar of zeer licht ontvlambaar, dan wel vergiftig of zeer vergiftig is. Voor de vaststelling of een stof tot een van deze categorieën behoort wordt aansluiting gezocht bij de criteria en methoden, vastgesteld krachtens artikel 9.2.3.1, derde lid, van de Wet milieubeheer.⁵³⁸ Als bijzonder gevaar van ernstige aard wordt voorts aangemerkt de stof die als zodanig is ingedeeld overeenkomstig de artikelen 3 en 4 en titel II van verordening (EG) nr. 1272/2008,⁵³⁹ aldus artikel 6:175, eerste lid, (slotzin) BW.⁵⁴⁰ Daarnaast is in artikel 6:175, zesde lid, BW bepaald dat een stof geacht wordt aan de omschrijving van de eerste zin van het eerste lid te voldoen, wanneer zij bij algemene maatregel van bestuur als zodanig is aangewezen.⁵⁴¹ Een stof kan in elk geval worden aangewezen, als zij volgens de criteria en methoden, vastgesteld krachtens artikel 9.2.3.1, derde lid, van de Wet milieube-

536 Bij een oordeel over hetgeen bekend is of moet zijn, dient rekening te worden gehouden met de stand van de techniek. Gestelde onbekendheid dat de stof de betreffende gevaarlijke eigenschap had, moet als een bevrijdend verweer worden opgevat: Kamerstukken II 1989/90, 21202, nr. 3, p. 42 (MvT).

537 Kamerstukken II 1989/90, 21202, nr. 3, p. 13 (MvT). Zie voorts Parl. Gesch. Boek 6, p. 749.

538 Met deze bepaling is de EG-Richtlijn 67/548 (de Stoffenrichtlijn) omgezet, welke op 1 juni 2015 zal komen te vervallen met de nieuwe CLP-Verordening.

539 Verordening van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 16 december 2008 betreffende de indeling, etikettering en verpakking van stoffen en mengsels tot wijziging en intrekking van de Richtlijnen 67/548/EEG en 1999/45/EG en tot wijziging van Verordening (EG) nr. 1907/2006, PbEU L 353.

540 Het artikellid zal met de invoering van de nieuwe CPL-verordening per 1 juni 2015 wijzigen. Zie voor nadere uitleg en kritiek P. de Lange, ‘Nieuwe Europese invulling van gevaarlijke stof in art. 6:175 BW’, *AV&S* 2011, afl. 2.

541 Het artikellid zal met de invoering van de nieuwe CPL-verordening per 1 juni 2015 wijzigen. Zie voor nadere uitleg en kritiek P. de Lange, ‘Nieuwe Europese invulling van gevaarlijke stof in art. 6:175 BW’, *AV&S* 2011, nr. 2, p. 82-87. De aanwijzing kan worden beperkt tot bepaalde concentraties van de stof, tot bepaalde in de algemene maatregel van bestuur te omschrijven gevaren die aan de stof verbonden zijn, en tot bepaalde daarin te omschrijven situaties waarin de stof zich bevindt, zie hierover de uitvoerige toelichting in Kamerstukken II 1989/90, 21202, nr. 3, p. 41-42 (MvT).

heer, behoort tot een der categorieën bedoeld in het tweede lid van dat artikel, of is ingedeeld overeenkomstig de artikelen 3 en 4 en titel II van verordening (EG) nr. 1272/2008.⁵⁴² Een voorbeeld van een gevaarlijke stof die door de arts of het ziekenhuis kunnen worden gebruikt is Cytostaticum. Cytostatica worden in de vorm van een (kankerremmend) geneesmiddel bij de behandeling van (kanker)patiënten gebruikt. Cytostatica vallen echter onder de gevaarlijke stoffen, omdat een aantal kankerverwekkend of schadelijk voor de voortplanting is. Onbedoelde blootstelling aan Cytostatica via de huid of via inademing kan tot ernstige gezondheidsschade leiden.⁵⁴³ Ook kan gedacht worden aan schade veroorzaakt door het gebruik in ziekenhuizen van Formaldehyde als desinfectans.⁵⁴⁴ Formaldehyde wordt geduid als een gevaarlijke stof.⁵⁴⁵ Bij blootstelling aan formaldehyde kunnen irritaties aan huid, ogen en luchtwegen en een verminderd concentratievermogen optreden. De stof is potentieel kankerverwekkend en reprotoxisch (giftig voor de voortplanting) voor de mens. Eveneens als gevaarlijke stof geduid zijn de narcosegassen, oftewel inhalatieanesthetica. Bij blootstelling kan levernecrose ontstaan en wordt de kans op spontane abortussen vergroot.⁵⁴⁶

Aansprakelijkheid van de hulpverlener lijdt uitzondering, indien – kort gezegd – de stof zich in de macht van een bewaarder, vervoerder, expediteur, stuwadoor, bewaarder of soortgelijke ondernemer bevindt, zo kan worden afgeleid uit artikel 6:175, tweede lid, BW.⁵⁴⁷ Uitzonderingen zijn voorts te vinden in artikel 6:175, derde lid, vierde en vijfde lid, BW en in artikel 6:178 BW (algemene aansprakelijkheiduitsluitingsgronden).

4.4 DE GRONDSLAG VOOR DE CENTRALE AANSPRAKELIJKHEID VAN HET ZIEKENHUIS

4.4.0 *Opmerkingen vooraf*

In deze paragraaf wordt de grondslag voor de centrale aansprakelijkheid van het ziekenhuis, als bedoeld in artikel 7:462 BW geanalyseerd (par. 4.4.1). Daarna wordt ingegaan op het toepassingsbereik van de centrale aansprakelijkheid (par. 4.4.2).

542 CPL-verordening, PbEU L 353 van 31 december 2008.

543 Zie de Richtlijn Cytostatica te downloaden via <www.staz.n>. Zie ook Kwaliteitshandboek Cytostatica NKI – AVL 2008, te downloaden via <www.nki.nl>.

544 Bijvoorbeeld het morsen van Formaldehyde op 11 april 2011 in een operatiekamer van het Admiraal de Ruyter ziekenhuis te Vlissingen. Een ander voorbeeld betreft de ontruiming van het Kennemer Gasthuis op 2 september 2010 wegens perazijnzuur.

545 Formaldehyde staat op Annex VI van EU-verordening 1272/2008.

546 Zie de Richtlijn narcosegassen te downloaden via <www.staz.n>.

547 Stelsel van gesegmenteerde aansprakelijkheid; Kamerstukken II 1989/90, 21202, nr. 3, p. 9 (MvT).

4.4.1 Een fictieve grondslag

De centrale aansprakelijkheid van het ziekenhuis is neergelegd in artikel 7:462, eerste lid, BW. Het artikel bepaalt dat, *indien ter uitvoering van een behandelingsovereenkomst verrichtingen plaatsvinden in een ziekenhuis dat bij die overeenkomst geen partij is, het ziekenhuis voor een tekortkoming daarbij mede aansprakelijk is, als ware het zelf bij de overeenkomst partij*.⁵⁴⁸

Zoals in de inleiding werd opgemerkt is de centrale aansprakelijkheid van het ziekenhuis een wat vreemde figuur. De grond om schade op het ziekenhuis af te wentelen in zijn hoedanigheid van centraal adres is niet gelegen in een tekortkoming in de nakoming van een contractuele verplichting, noch in een onrechtmatig daad. De centrale aansprakelijkheid is een vorm van mede-aansprakelijkheid, die ontstaat wanneer de arts met wie de patiënt een behandelingsovereenkomst sloot, tekortschiet bij een geneeskundige behandeling die werd verricht binnen de muren van een ziekenhuis. Met het ziekenhuis zelf ontstaat echter geen contractuele rechtsverhouding. Artikel 7:462 BW creëert slechts de fictie dat het ziekenhuis (ook) een contractuele relatie heeft met de patiënt.

De aansprakelijkheid is een hoofdelijke, al is de arts die tekortschoot in beginsel voor het geheel draagplichtig.⁵⁴⁹ Het is aan het ziekenhuis om in een voorkomend geval regres te nemen op de arts. In de praktijk zal dit zelden gebeuren, aangezien alle ziekenhuizen in Nederland hun aansprakelijkheid hebben verzekerd, waarbij sprake is van intramurale dekking.⁵⁵⁰ Intramurale dekking betekent dat alle in het ziekenhuis werkzame personen voor eventuele aansprakelijkheid meeverzekerd zijn onder de aansprakelijkheidspolis van het ziekenhuis.

In de Memorie van Toelichting wordt daarover het volgende opgemerkt: ‘De bepaling stelt het ziekenhuis mede aansprakelijk voor tekortkomingen in de nakoming van een met een hulpverlener gesloten behandelingsovereenkomst (...). De hulpverlener zelf is eveneens aansprakelijk. Uit artikel 6.1.9.8 volgt dat de individuele hulpverlener en het ziekenhuis hoofdelijk verbonden zijn. Het eventuele regres tussen hulpverlener en ziekenhuis is overgelaten aan hun contractuele verhouding en, bij gebreke van bepalingen daaromtrent, aan regels van artikel 6.1.9.8 jo artikel 6.1.9.6.’⁵⁵¹

548 De verplichting van een centrale aansprakelijkheid voor het ziekenhuis volgt ook uit de jurisprudentie van het EHRM, zie EHRM 2 juni 2009, *EHRC* 2009, 96, met nt. E.H. Hulst (Codarcea/Roemenië).

549 Conform artikel 6:6 BW, artikel 6:10 BW en 6:12 BW. Zie ook Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* 2009, nr. 457.

550 Zie ook Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* 2009, nr. 457.

551 Kamerstukken II 1989/90, 21561, nr. 3, p. 44-45 (MvT).

Hoewel dat niet met zoveel woorden in het artikel is bepaald, volgt uit de toelichting op artikel 7:462 BW dat het ziekenhuis ook aansprakelijk is, indien binnen zijn muren gewerkt werd met een gebrekkige zaak, als bedoeld in artikel 6:77 BW. Het artikel vindt tevens toepassing in het geval een ziekenhuis gebruik maakt van de hulp van een ander ziekenhuis: ook al is de overeenkomst gesloten met ziekenhuis 'a', dan is ziekenhuis 'b' ingevolge artikel 7:462 BW mede aansprakelijk, indien de verrichtingen feitelijk in ziekenhuis 'b' plaatsvonden.⁵⁵²

De achterliggende gedachte voor aansprakelijkheid van het ziekenhuis als centraal adres was het bieden van een oplossing voor het doolhof waarin de patiënt terecht kan komen bij het onderzoek naar zijn contractspartij.⁵⁵³ Hoewel het juridisch onderscheid wellicht helder is, is het voor de patiënt vaak moeilijk na te gaan of 'zijn arts' in dienst is van het ziekenhuis of dat deze op basis van een toelatingsovereenkomst in het ziekenhuis werkt. Dit betekent ook dat het voor hem niet altijd duidelijk is of hij te maken heeft met hulppersonen van het ziekenhuis of met samenwerkende specialisten die zelfstandig in een maatschap opereren. Verwezenlijking van het risico om in geval van schade de verkeerde persoon aan te spreken en dus met lege handen komen te staan,⁵⁵⁴ kan alleen worden voorkomen door een onderzoek te verrichten naar de arbeidsrechtelijke verhouding tussen het ziekenhuis en de arts(en). Dit doet gewrongen aan, zeker wanneer de patiënt wordt behandeld in het ziekenhuis en de schijn wordt gewekt dat het ziekenhuis in een bepaalde mate bemoeienis heeft met de geneeskundige behandeling.⁵⁵⁵

In de Memorie van Toelichting wordt hierover het volgende opgemerkt: 'Het wetsvoorstel introduceert in artikel 1653q een centrale aansprakelijkheid van het ziekenhuis en daarmee te vergelijken instellingen voor alle verrichtingen van in die instellingen werkzame hulpverleners. Hierop is sedert lang van vele kanten aangedrongen. In gevallen van samenwerking tussen artsen (of andere beroepsbeoefenaren), met name wanneer zij op een andere basis dan dienstverband in een ziekenhuis werken, kan de patiënt bij pogingen zijn schade te verhalen gemakkelijk in een doolhof terecht komen. Door de regeling in artikel

552 Kamerstukken II 1989/90, 21561, nr. 3, p. 44-45 (MvT).

553 Kamerstukken II 1989/90, 21561, nr. 3, p. 23 en 43-44 (MvT).

554 Zie voor een voorbeeld van de verkeerde persoon (ziekenhuis in plaats van arts) Rechtbank Breda 24 december 1993, KG 1994, 64.

555 Zie over de schijn- of vertrouwensleer als reden voor centrale aansprakelijkheid B. Sluijters, Medische aansprakelijkheid in Amerika en Nederland, Deventer: Kluwer 1974, p. 46. Zie ook T. Vansweevelt, De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis (diss. Antwerpen), Antwerpen: Maklu, derde druk 1997, p. 599-607.

1653q zal er ten behoeve van de patiënt een ‘centraal adres’ van aansprakelijkheid zijn.⁵⁵⁶

En voorts: ‘Dit artikel regelt de aansprakelijkheid van ziekenhuizen en daarmee gelijk te stellen instellingen voor gezondheidszorg voor alle verrichtingen van in die instellingen werkzame hulpverleners. (...) Wij achten het wenselijk het ziekenhuis met deze aansprakelijkheid te belasten, zulks in het belang van de patiënt, voor wie het vaak moeilijk is vast te stellen wie voor een jegens hem gepleegde beroepsfout hetzij uit overeenkomst, hetzij uit onrechtmatige daad aansprakelijk is of zijn.’⁵⁵⁷

4.4.2 *Het toepassingsbereik van artikel 7:462 BW*

Artikel 7:462 BW beoogt geen verdergaande aansprakelijkheid met zich te brengen dan de aansprakelijkheid die volgt uit de artikelen 6:74 BW, 6:75 BW, 6:76 BW en 6:77 BW, maar beoogt een centraal adres te bieden in die gevallen waarin de zelfstandig gevestigd arts op grond van voornoemde artikelen aansprakelijk is, zo volgt (uitdrukkelijk) uit de toelichting op het artikel.⁵⁵⁸ De formulering van artikel 7:462, eerste lid, BW brengt dan ook ten eerste met zich dat de centrale aansprakelijkheid uitsluitend geldt wanneer een behandelingsovereenkomst tussen de (toegelaten) arts en de patiënt is gesloten en de contractuele grondslag basis is voor de aansprakelijkheid van de arts.⁵⁵⁹ Het artikel is dus niet van toepassing, indien aansprakelijkheid van de arts wordt gebaseerd op een onrechtmatige daad.⁵⁶⁰ De reden hiervoor is gelegen in de door de wetgever onwenselijk geachte situatie dat de aansprakelijkheid van het ziekenhuis met de invoering van de centrale aansprakelijkheid anders geregeld zou zijn dan indien de arts zelf aansprakelijk zou worden gesteld, hetgeen met name aan de orde zou kunnen zijn bij aansprakelijkheid voor een tekortkoming door het gebruik van een gebrekkige zaak.⁵⁶¹

Ter verduidelijking: ingevolge artikel 6:173 BW ontkomt ‘de bezitter van een roerende zaak’ aan aansprakelijkheid voor een tekortkoming wegens een hem onbekend gebrek in de zaak, indien het gebrek een veiligheidsgebrek betreft

⁵⁵⁶ Kamerstukken II 1989/90, 21561, nr. 3, p. 23 (MvT).

⁵⁵⁷ Kamerstukken II 1990/91, 21561, nr. 3, p. 43-44 (MvT).

⁵⁵⁸ Kamerstukken II 1990/91, 21561, nr. 3, p. 23 en 43-44 (MvT).

⁵⁵⁹ Kamerstukken II 1989/90, 21561, nr. 3, p. 44-45 (MvT) en Kamerstukken II 1991/92, 21561, nr. 11, p. 48 (Nadere MvA).

⁵⁶⁰ Zie voor voorbeelden Gerechtshof's-Gravenhage 29 september 2009, *L&S* 2010, 10, met nt. Y.R.K. Waterman en Rechtbank Dordrecht 31 maart 2010, *LJN* BM0264.

⁵⁶¹ Kamerstukken II 1989/90, 21561, nr. 3, p. 43 (MvT). Zie ook Kamerstukken II 1990/91, 21561, nr. 6, p. 69 (MvA) en Kamerstukken II 1991/92, 21561, nr. 11, p. 48 (Nadere MvT).

als bedoeld in regeling van de aansprakelijkheid van de producent (thans artikel 6:185 BW e.v.). In dat geval is de producent de eerst aan te spreken partij. In artikel 6:77 BW is deze uitdrukkelijke verwijzing naar de producent niet opgenomen en ontkomt de schuldenaar alleen aan aansprakelijkheid, indien de inhoud en strekking van de rechtshandeling waaruit de verbintenis voortspuit, de in het verkeer geldende opvattingen en de overige omstandigheden van het geval dit met zich brengen. De wetgever wilde voorkomen dat het ziekenhuis – zo het zou worden aangesproken op grond van artikel 6:173 BW – onder andere (minder vergaande) condities aansprakelijk zou zijn, dan de arts die op grond van artikel 6:77 BW wordt aangesproken. Daarbij moet worden bedacht dat ten tijde van het ontwerp van Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW er in het geheel nog geen aansprakelijkheid bestond voor de bezitter van roerende zaken, in welk geval het ziekenhuis – zo het buiten contract zou worden aangesproken – daadwerkelijk minder vergaand aansprakelijk zou zijn dan de individuele hulpverlener, een onwenselijke situatie, aldus de wetgever. Door de centrale aansprakelijkheid van het ziekenhuis te beperken tot de contractuele grondslag is de discussie omtrent een eventuele samenloop en verschillende reikwijdte van aansprakelijkheid uitgesloten.⁵⁶²

Het feit dat de centrale aansprakelijkheid alleen geldt indien de behandelingsovereenkomst de rechtsverhouding tussen arts en patiënt beheerst, betekent dus dat de patiënt die anders dan op basis van een behandelingsovereenkomst (bijvoorbeeld omdat wilsovereenstemming ontbrak of behandeling op grond van een bijzondere wet wordt verricht) zijn schade wil verhalen, zich niet op artikel 7:462 BW kan beroepen, maar zijn vordering op het ziekenhuis moet baseren op artikel 6:171 BW (of artikel 6:170 BW wanneer de arts in dienst is van het ziekenhuis) of de arts moeten aanspreken op grond van artikel 6:162 BW.⁵⁶³ Voorts betekent dit dat het alleen zin heeft om een vordering op het ziekenhuis op de onrechtmatige daad als subsidiaire grondslag te baseren, indien het gedagvaarde ziekenhuis contractspartij is én de gedraging onafhankelijk van de tekortkoming een onrechtmatige daad oplevert.⁵⁶⁴ Onder andere omstandigheden treft de subsidiaire grondslag van de onrechtmatige daad geen doel, terwijl zij ook onnodig is.

562 Kamerstukken II 1989/90, 21561, nr. 3, p. 43 (MvT). Zie ook Kamerstukken II 1990/91, 21561, nr. 6, p. 69 (MvA) en Kamerstukken II 1991/92, 21561, nr. 11, p. 48 (Nadere MvT).

563 Zie par. 4.3.4.2.

564 Hoofddregel van samenloop van grondslagen, hoofdstuk 2, par. 2.4.2.3 en hoofdstuk 4, par. 4.1. Zie HR 9 december 1955, NJ 1956, 157; HR 6 april 1990, NJ 1991, 689, met nt. C.J.H. Brunner; HR 19 februari 1993, NJ 1994, 290, met nt. C.J.H. Brunner; HR 3 december 1999, NJ 2000, 235, met nt. P.A. Stein en Gerechtshof 's-Gravenhage 11 juli 2006, LJN AY8855. Zie voorts Asser-Hijma 5-I* 2007, nr. 442; I.P. Michiels van Kessenich-Hoogendam, Beroepsfouten, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 15.

Een voorbeeld betreft de overweging van de Rechtbank Dordrecht op dit punt: 'Uit het bepaalde in artikel 7:462 volgt dat het gaat om een contractuele aansprakelijkheid en niet om een aansprakelijkheid op grond van begane onrechtmatige daden. Derhalve kan de door [patiënte] aangevoerde subsidiaire grondslag (onrechtmatige daad) haar vorderingen niet dragen en zullen de hierop gerichte stellingen van [patiënte] verder onbesproken blijven.'⁵⁶⁵

Het feit dat de centrale aansprakelijkheid alleen geldt indien het de behandelingsovereenkomst de rechtsverhouding tussen de arts en de patiënt beheerst, betekent bovendien dat een derde die schade lijdt door een tekortkoming van de arts ten opzichte van de patiënt, het ziekenhuis niet op grond van artikel 7:462 BW kan aanspreken. Deze partij is immers geen partij bij de geneeskundige behandelingsovereenkomst met de patiënt en moet zijn vordering baseren op een onrechtmatige daad.⁵⁶⁶ Een voorbeeld betreft de kwesties van *wrongful life*, waarin een kind met afwijkingen wordt geboren als gevolg van tekortschietend handelen van de arts ten opzichte van de moeder (de patiënte). Het kind is geen partij bij de overeenkomst die zijn moeder met de arts sloot.⁵⁶⁷ Artikel 7:462 BW kan dan ook geen basis zijn voor de vordering van het kind. Een en ander geldt op gelijke wijze voor de vader van het kind; hij kan evenmin een vordering op het ziekenhuis op artikel 7:462 BW baseren. Derden zullen de zelfstandig arts moeten aanspreken op grond van artikel 6:162 BW of het ziekenhuis moeten aanspreken op grond van artikel 6:171 BW (of artikel 6:170 BW wanneer de arts in dienst is).⁵⁶⁸

Een voorbeeld van een zaak waarin ten onrechte het verhaal van schade op artikel 7:462 BW werd gebaseerd, betreft de sterilisatie van een vrouw, nadat zij in het ziekenhuis was bevallen van een zoon. Na de geboorte steriliseerde de gynaecoloog de vrouw. De baby kwam twee dagen later te overlijden. Achteraf bleek de sterilisatie niet nodig te zijn geweest. Zowel de vrouw als de man had het ziekenhuis op grond van artikel 7:462 BW aansprakelijk gesteld en vergoeding van immateriële schade gevorderd. De Rechtbank 's-Gravenhage wees de vordering op het ziekenhuis jegens de man toe, overwegende dat er onrechtmatig was gehandeld jegens de man door hem de mogelijkheid te ontnemen het gezin uit te breiden. De man was hiermee in zijn persoon aangetast.⁵⁶⁹ Het ziekenhuis ging in hoger beroep en stelde dat de vader het ziekenhuis niet kon aanspreken. De centrale aansprakelijkheid gold immers alleen ten opzichte

⁵⁶⁵ Rechtbank Dordrecht 31 maart 2010, *LJN* BM0264.

⁵⁶⁶ Zie hoofdstuk 2, par. 2.4.2.3, hoofdstuk 3, par. 3.2.2 en par. 4.3.1.3.

⁵⁶⁷ Zie HR 18 maart 2005, *NJ* 2006, 606, met nt. J.B.M. Vranken (Baby Kelly).

⁵⁶⁸ Zie over de mogelijkheid om artikel 6:171 BW als grondslag in te roepen par. 4.3.4.2.

⁵⁶⁹ Rechtbank 's-Gravenhage 28 juni 2006, *L&S* 2006, 66.

van de moeder, aldus het ziekenhuis. Het Gerechtshof 's-Gravenhage gaf het ziekenhuis daarin gelijk en overwoog daartoe als volgt: '(...) Vast staat dat [de vrouw en de man] in deze procedure de aansprakelijkheid van het ziekenhuis jegens hen beiden uitsluitend hebben gebaseerd op artikel 7:462 BW. Met het ziekenhuis is het hof van oordeel dat deze contractueel geformuleerde wetsbepaling als zodanig niet meebrengt dat het ziekenhuis – naast de betrokken vrij gevestigde gynaecoloog – mede aansprakelijk zou zijn voor een door de gynaecoloog begane onrechtmatige daad jegens een derde (niet de contractspartij en niet de patiënt).'⁵⁷⁰

De formulering van artikel 7:462, eerste lid, BW brengt ten tweede met zich dat de centrale aansprakelijkheid alleen een oplossing biedt indien de behandeling plaatsvond binnen de muren van 'een ziekenhuis'. In artikel 7:462, tweede lid, BW is gedefinieerd wat onder een ziekenhuis wordt verstaan. Dit is een krachtens artikel 5 van de Wet toelating zorginstellingen (WTZi) als ziekenhuis, verpleeginrichting of zwakzinnigeninrichting toegelaten instelling of afdeling daarvan, een academisch ziekenhuis, alsmede een abortuskliniek in de zin van de Wet afbreking zwangerschap (Wafz).⁵⁷¹

Artikel 5 WTZi definieert een zorginstelling als volgt: een organisatorisch verband dat behoort tot een bij algemene maatregel van bestuur aangewezen categorie van instellingen die zorg verlenen waarop aanspraak bestaat ingevolge artikel 6 van de Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten of ingevolge een zorgverzekering als bedoeld in artikel 1, onderdeel d, van de Zorgverzekeringswet. De nadere uitwerking is te vinden in het Uitvoeringsbesluit WTZi.⁵⁷² Artikel 1.2 van het besluit geeft aan dat voor toepassing van artikel 5, eerste lid, van de wet een aantal categorieën van instellingen wordt aangewezen. Hieronder vallen onder meer instellingen voor medisch-specialistische zorg, alsmede instellingen voor huisartsenzorg, verloskundige zorg, mondzorg en paramedische zorg.⁵⁷³ Niet tot de in artikel 1.2 genoemde instellingen behoren militaire instellingen als ziekenboegen, gezondheidscentra en operationeel geneeskundige instellingen, aldus artikel 2.1 van het besluit.

570 Gerechtshof 's-Gravenhage 29 september 2009, *L&S* 2010, 10, met nt. Y.R.K. Waterman. Zie voor hetzelfde probleem Rechtbank Rotterdam 15 februari 2010, *LJN* BL7560.

571 Wet van 20 oktober 2005, Stb. 2005, 571 en Wet van 1 mei 1981, Stb. 1981, 257.

572 Besluit van 3 november 2005, houdende uitvoering van enige bepalingen van de Wet toelating zorginstellingen, Stb. 2005, 575.

573 De toegelaten instellingen zijn te raadplegen via <www.wtzi.nl>.

Een abortuskliniek is een inrichting, niet zijnde een ziekenhuis, waarin vrouwen een behandeling ondergaan, gericht op het afbreken van zwangerschap, aldus artikel 1, eerste lid, Wafz.

Uit de definities kan worden afgeleid dat de meeste zorginstellingen, mits aangewezen, onder de regeling van de centrale aansprakelijkheid vallen. Hetzelfde geldt voor tandheelkundige centra en gezondheidscentra waar zich verschillende tandartsen, huisartsen, fysiotherapeuten, verloskundigen en psychotherapeuten hebben gevestigd. Hoewel het hier kan gaan om zelfstandige artsen en de patiënt formeel met de arts zelf contracteert, kan de instelling als centraal adres worden aangesproken. Toch zal in een voorkomend geval de patiënt onderzoek moeten doen naar de vraag of de instelling tot welke hij zich wendt, is toegelaten. Dit zal onduidelijker worden naarmate de instelling meer het karakter van een zelfstandige privékliniek draagt. Geldt de centrale aansprakelijkheid niet, dan moet aansprakelijkheid van de instelling en aldaar werkende artsen conform de ‘gewone’ regels worden bepaald.

Een vraag die nog opkomt, is of de centrale aansprakelijkheid ook geldt in het geval de patiënt zich wendt tot een *organisatie* die binnen de muren van het ziekenhuis is gevestigd. Als voorbeeld wordt genoemd de in het ziekenhuis gevestigde huisartsenpost of verloskundigenpraktijk. Deze organisaties kunnen zelfstandige geneeskundige behandelingsovereenkomsten sluiten met de patiënt. Er is dus geen sprake van een toegelaten arts, zoals in het klassieke geval waarvoor artikel 7:462 BW is geschreven. Vanuit de gedachte van de centrale aansprakelijkheid – bescherming van de patiënt en vergemakkelijking van verhaal van schade – kan mijns inziens het ziekenhuis ook als centraal adres worden aangesproken indien de arts die in dienst is bij de organisatie (bijvoorbeeld de huisartsenpost) tekortschiet en uit de omstandigheden van het geval moet worden opgemaakt dat de patiënt er gerechtvaardigd op mocht vertrouwen dat de huisartsenpost deel uitmaakte van het ziekenhuis. Alleen dan immers wordt de patiënt daadwerkelijk een oplossing geboden voor het doolhof waarin hij terecht kan komen en evenzeer komt dit de rechtszekerheid ten goede. Aanwijzingen voor een gerechtvaardigd vertrouwen zijn – naast dezelfde locatie – bijvoorbeeld het gebruik van hetzelfde logo als het ziekenhuis, gebruik van briefpapier van het ziekenhuis, gebruik van dezelfde kleding als het ziekenhuispersoneel, informatie op dezelfde website als het ziekenhuis en dergelijke. In die gevallen zal immers het ziekenhuis de schijn hebben gewekt dat het bemoeienis heeft met de geneeskundige behandeling van de patiënt.

4.5 SIGNALERING VAN KNELPUNTEN IN VERBAND MET DE GRONDSLAGEN VOOR AANSPRAKELIJKHEID

De verkenning van het civiele aansprakelijkheidsrecht tegen de achtergrond van zorggere- lateerde schade werd in dit hoofdstuk vervolgd met een beschrijving en analyse van de grondslagen voor aansprakelijkheid van de arts en het ziekenhuis. Het doel hiervan was te onderzoeken of de grondslagen voor aansprakelijkheid knelpunten met zich brengen, die de patiënt belemmeren in zijn verhaal van schade op de arts en het ziekenhuis. Uit de analyse is gebleken dat er vier grondslagen zijn te onderscheiden. De meest voorkomende grondslag waarop verhaal van schade kan worden gebaseerd, is de grondslag van de tekortkoming in de nakoming van een verplichting uit hoofde van de behandelingsover- eenkomst. De andere grondslag waarop verhaal van schade kan worden gebaseerd, is de buitencontractuele grondslag van de onrechtmatige daad. De kwalitatieve aansprakelijk- heden vormen een derde, eveneens buitencontractuele, grondslag. De vierde grondslag betreft de centrale aansprakelijkheid van het ziekenhuis. Uit de analyse is voorts gebleken dat de zorgvuldigheidsnorm van het goed hulpverlenerschap in grote mate bepalend is voor de vaststelling van de aansprakelijkheid van de arts of het ziekenhuis.

Een eerste knelpunt in verband met de grondslagen voor aansprakelijkheid en de zorgvul- digheidsnorm waaraan het gedrag moet worden getoetst, ziet op de bewijslastverdeling ter zake de normschending. Ingevolge de wijze waarop de grondslagen zijn geformuleerd en indachtig de hoofdregel van artikel 150 Rv, dient de patiënt de tekortkoming, respectie- velijk de onrechtmatige daad, van de hulpverlener te stellen en, bij betwisting, te bewijzen, maar stuit daarbij op problemen. Zo wordt de patiënt met de zeer lastige opdracht gecon- fronteerd om te stellen en, bij betwisting, te bewijzen dat de hulpverlener zich onvoldoende heeft ingespannen, althans zich niet heeft gedragen als een goed hulpverlener. De in acht te nemen zorgvuldigheidsnorm van het goed hulpverlenerschap houdt doorgaans immers in dat de hulpverlener zich in een bepaalde mate moet inspannen. Een niet behaald resultaat is eenvoudiger aan te tonen, maar gelet op het feit dat het menselijk lichaam veelal een ongewisse factor vormt bij de uitkomst van de geneeskundige behandeling, kan van de hulpverlener in de meeste gevallen niet worden gevergd dat hij voor een bepaald resultaat instaat. De patiënt is voor het bewijs van de normschending dan ook doorgaans aangewezen op een deskundigenbericht van een medicus. Doel van het deskundigenbericht is de rechter ervan te overtuigen dat de arts de norm van artikel 7:453 BW heeft geschonden. Een en ander betekent wel dat wanneer geen deskundigenbericht kan worden verkregen (bijvoorbeeld om financiële redenen), de vordering van de patiënt bij gebrek aan onder- bouwing of bewijs wordt afgewezen.

Het bewijs van de tekortkoming of de onrechtmatige daad is ook om een andere reden moeizaam te leveren. De patiënt verkeert veelal in de toestand dat hij niet weet wat er tijdens

een geneeskundige behandeling is gebeurd; niet zelden was hij onder narcose of maakte spanning dat de patiënt niet zijn volle aandacht bij een behandeling had. De consequentie van de (hoofdregel van) bewijslastverdeling is echter wel dat de patiënt feiten en omstandigheden moet aandragen ter onderbouwing van de gestelde aansprakelijkheid van de hulpverlener, terwijl hij geen weet heeft van die feiten en omstandigheden. Weliswaar rust op de arts een verzwaarde motiveringsplicht, doch in de praktijk blijkt deze plicht geen panacee. Zo kan een aanvullende (latere) verklaring van de hulpverlener voldoende zijn om een gebrek in het dossier te repareren en te oordelen dat hij aan de verzwaarde motiveringsplicht heeft voldaan, terwijl de verklaring goed beschouwd niet meer inhoudt dan een eigen invulling van de arts. Wordt de verklaring van de arts door de rechter aanvaard, dan rest de patiënt niets anders dan de geloofwaardigheid ter discussie te stellen in de bewijswaarderingsfase.

De last het bewijs rond te krijgen en de hoegrootheid van de kans dat de patiënt daarin niet slaagt, zijn al met al van dien aard dat het aannemelijk is dat de patiënt de last om het bewijs te leveren zo complex acht dat hij geen vordering indient of voortijdig van verhaal afziet, ook al zou hij recht hebben op een schadevergoeding.

Een ander knelpunt ziet op schadelijdende derden. Derden, zoals wettelijk vertegenwoordigers en de partner van de patiënt, zullen een vordering tot vergoeding van 'eigen' schade moeten baseren op de onrechtmatige daad. Voorbeelden betreffen de omstandigheid dat het ziekenhuis aansprakelijk is jegens een derde voor het onvoldoende zorg betrachten bij het bestrijden van een ziekenhuisbacterie, de omstandigheid dat de arts in strijd met de zorgvuldigheid een melding doet bij het AMK en de *wrongful birth* en *wrongful life* situaties, waarin zowel het niet contracterende kind als de niet contracterende partner van de vrouwelijke (zwangere) patiënt een recht op schadevergoeding heeft wegens het doorkruisen van het zelfbeschikkingsrecht van de vrouwelijke patiënt. In de gevallen waarin de schade van de derde haar oorsprong vindt in de schade van de patiënt zijn de mogelijkheden tot verhaal van schade beperkt tot het regime van artikel 6:107 BW en 6:108 BW, welke artikelen zien op de vergoeding van kosten die de derde ten behoeve van de patiënt maakte respectievelijk verhaal van schade vanwege het wegvallen van de patiënt die in het levensonderhoud van de achterblijvende derde voorzag. Deze artikelen voorzien echter niet in een vergoeding voor alle mogelijk geleden schade. Dit betekent dat derden die schade lijden als gevolg van de gezondheidsschade van de patiënt de schade zelf moeten dragen als deze buiten het kader van de artikelen 6:107 BW en 6:108 BW valt, hetgeen onrechtvaardige situaties kan opleveren.

Een laatste knelpunt houdt verband met de wijze waarop krachtens artikel 6:74 BW in verbinding met artikel 6:77 BW een tekortkoming wegens een ongeschikte hulpzaak aan de hulpverlener wordt toegerekend en de wijze waarop de hulpverlener van de in de wet

geformuleerde ontsnappingsmogelijkheid gebruik maakt; nog steeds is een vaak gehoord verweer van de zijde van de hulpverlener dat de patiënt 'bij de producent moet zijn'. De tekst van artikel 6:77 BW laat die ruimte, maar dat klemmt om het navolgende. Uit de analyse van de rechtspraak en literatuur is gebleken dat de huidige verkeersopvattingen wijzen op een vergaande aansprakelijkheid van de hulpverlener voor ongeschikte hulpzaken. Uit de besproken (recente) rechtspraak en literatuur kan de algemene regel worden gedestilleerd dat aansprakelijkheid van de hulpverlener voor een tekortkoming door een ongeschikte hulpzaak alleen dan niet wordt aangenomen als de hulpverlener stelt en, bij betwisting, bewijst dat de oorzaak van de schade ligt in een veiligheidsgebrek van het product dat reeds aanwezig was bij het in het verkeer brengen van het product, de patiënt bekend is met de identiteit van de producent van het product en dat de patiënt zodanig is geïnformeerd over de toedracht dat verhaal op de producent door de patiënt mogelijk moet worden geacht (objectief criterium). Verwijzing is dus niet mogelijk wanneer de hulpverlener zelf debet is aan het falen van de medische hulpzaak of daarover onduidelijkheid is. Opgemerkt is echter dat uit onderzoek is gebleken dat een groot deel van de aan het gebruik van medische technologie verbonden risico's voortvloeit uit onzorgvuldigheden in het gebruik of de toepassing van de techniek door de arts. Voorts is opgemerkt dat de patiënt doorgaans onwetend is over de toedracht van de schade en opheldering van de feiten door de arts niet zonder meer kan worden verwacht. Dit wordt bevestigd door onderzoek waaruit blijkt dat incidenten met medische hulpmiddelen door hulpverleners onvoldoende worden gemeld. Een en ander betekent niet alleen dat de patiënt in sommige gevallen mogelijk ten onrechte naar de producent wordt verwezen, maar ook dat het voor de patiënt niet eenvoudig is het standpunt van de hulpverlener op dit punt te bediscussiëren en zijn verhaal tegenover de producent te onderbouwen. Deze last kan zodanig van aard zijn dat het aannemelijk is dat de patiënt zijn recht op schadevergoeding niet wil of kan uitoefenen wanneer een hulpzaak (mogelijk) oorzaak is van de schade.

Hoe de aansprakelijkheid van de producent is geregeld, zo dit (wel) de weg is die voor verhaal van schade moet worden bewandeld, wordt in het volgende hoofdstuk besproken.

5 DE GRONDSLAG VOOR AANSPRAKELIJKHEID VAN DE PRODUCENT

5.1 INLEIDING

Geneeskundige behandelingen met instrumenten, apparaten of hulpmiddelen die in het lichaam worden ingebracht kennen grote risico's.¹ Voorts blijkt uit de berichten in de media en berichten van de Inspectie voor de Gezondheidszorg van gezondheidsschade veroorzaakt door gebrekkige producten, bijvoorbeeld als gevolg van fouten in het productieproces of door onjuiste informatie over het gebruik van het product.² Patiënten kunnen de schade die is veroorzaakt door het gebruik van een ondeugdelijk medisch hulpmiddel ingevolge artikel 6:74 Burgerlijk Wetboek (BW) in combinatie met artikel 6:77 BW op de arts of het ziekenhuis verhalen. De omstandigheid dat schade werd veroorzaakt door een gebrek in het medisch hulpmiddel is echter evenzeer een argument om de schade op de producent af te wentelen. Is het onredelijk om de hulpverlener op grond van artikel 6:74 BW in combinatie met artikel 6:77 BW aansprakelijk te houden voor een tekortkoming die het gevolg is van een gebrek in het medisch hulpmiddel, dan is de weg naar de producent zelfs de enige manier om schade te verhalen. Kan de patiënt zich tegenover de hulpverlener niet op een contractuele grondslag beroepen en is de schade veroorzaakt door een veiligheidsgebrek in het medisch hulpmiddel, dan is het in beginsel eveneens alleen de producent op wie schade kan worden verhaald; de hulpverlener kan voor schade door zo een gebrek ingevolge artikel 6:173, tweede lid, BW niet (kwalitatief) aansprakelijk zijn. Het feit dat de patiënt de producent kan aanspreken en hem onder omstandigheden zelfs moet aanspreken zo hij zijn schade wil verhalen, maakt dat knelpunten in verband met het verhaal van schade op de producent van invloed kunnen zijn op het aantal patiënten dat een vordering indient wanneer zij schade lijden door een geneeskundige behandeling.

-
- 1 M. Langelaan e.a., Monitor Zorggerelateerde schade 2008, Amsterdam/Utrecht: EMGO en NIVEL 2010, p. 13 en 14. In dit onderzoek wordt gesteld dat 0,8% van de potentieel vermijdbare zorggerelateerde schade mogelijk te maken heeft met het toepassen van medische technologie. De verwachting is dat het gebruik van medische hulpmiddelen in de toekomst zal toenemen, zie Centrum voor ethiek en gezondheid, Toekomstverkenning Ethiek en Gezondheid, Den Haag 2012, p. 15.
 - 2 Zie bijvoorbeeld het bericht d.d. 22 oktober 2010 in de Volkskrant over de heupprothesen van DuPuy. Zie voorts bijvoorbeeld het bericht van de Inspectie voor de Gezondheidszorg d.d. 10 april 2010 waarin zij het gebruik van de borstprothesen van Poly Implant Prothèse verbood en voorts haar bericht d.d. 4 januari 2012 over een mogelijk disfunctioneren van de ICD-Leads van St. Jude Medical.

Gelet hierop ziet de verkenning van het civiele aansprakelijkheidsrecht in dit derde hoofdstuk van het tweede deel op de (grondslag voor) aansprakelijkheid van de producent. Daartoe wordt de regeling inzake de aansprakelijkheid voor producten met gebreken beschreven en geanalyseerd. De beschrijving en analyse wordt toegespitst op aansprakelijkheid in zorggerelateerde aangelegenheden.

Het hoofdstuk vangt aan met een beschrijving van de meest belangrijke grondslag voor aansprakelijkheid van de producent; op de producent rust ingevolge de wet – Boek 6, titel 3, afdeling 3, BW – een risicoaansprakelijkheid voor een gebrek in een product dat hij in het verkeer heeft gebracht (par. 5.2). Boek 6, titel 3, afdeling 3, BW is het gevolg van de implementatie van Richtlijn 85/374/EEG betreffende de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen der lidstaten inzake de aansprakelijkheid voor producten met gebreken. Voordat wordt ingegaan op het toepassingsbereik van de risicoaansprakelijkheid van de producent, wordt dan ook eerst de betekenis van Richtlijn 85/374/EEG besproken; haar gedachtegoed is van belang voor de uitleg van de Nederlandse wetgeving, omdat de Nederlandse wet richtlijnconform moet worden geïnterpreteerd (par. 5.3). Bij de beschrijving van het toepassingsbereik zelf wordt geanalyseerd wat onder de begrippen ‘product’, ‘producent’, ‘gebrek’ en ‘schade’ wordt verstaan (par. 5.4). De daaropvolgende paragraaf wordt gewijd aan de bevrijdende verweren van de producent; onder in de wet genoemde omstandigheden wordt het niet aanvaardbaar geacht de producent de schade te laten dragen (par. 5.5). Hoewel aansprakelijkheid voor producten internationale aspecten kent – in Nederland gebruikte medische producten worden ook buiten Nederland geproduceerd – wordt in dit onderzoek niet ingegaan op het toepasselijke recht en de over dergelijke geschillen bevoegd te oordelen rechter.³ Ook voor een meer algemene bespreking van productaansprakelijkheid wordt verwezen naar andere literatuur.⁴

Het hoofdstuk wordt afgesloten met een signalering van knelpunten (par. 5.6).

3 Zie daarvoor H. Duintjer Tebbens en M. Zilinsky, *Productaansprakelijkheid*, praktijkreeks IPR deel 18, Antwerpen Apeldoorn: Maklu, tweede herziene uitgave, 2009; R.P. Wijne, ‘Wie betaalt de schade van de patiënt in geval van een disfunctionerende prothese’, *TvGr* 2012, nr. 4, p. 297-311 en C. van Weering en A. Collignon, ‘Juridische censequenties van gebrekkige heupimplantaten’, *PIV-Bulletin* mei 2012, p. 15-18. Zie voorts HR 4 april 2008, *NJ* 2008, 202 en HvJEU 16 juli 2009, *NJ* 2011, 349, met nt. T.M. de Boer (Zuid-Chemie).

4 Zie onder meer L. Dommering-van Rongen, *Productaansprakelijkheid* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1991 en L. Dommering-van Rongen, *Productaansprakelijkheid*, Een rechtsvergelijkend overzicht, Deventer: Kluwer 2000.

5.2 EEN RISICOAANSPRAKELIJKHEID INGEVOLGE DE WET ALS PRIMAIRE GRONDSLAG

Producenten sluiten ter levering van hun producten contracten met (commerciële) bedrijven waaronder ziekenhuizen. De grondslag voor verhaal van schade die deze bedrijven lijden, is dan ook gelegen in een tekortkoming in de nakoming van een verplichting uit overeenkomst. Met derden, zoals patiënten, sluit de producent doorgaans geen overeenkomst. Patiënten zullen de producent dan ook moeten aanspreken op een andere, buitencontractuele, grondslag. Die andere grondslag kan zijn gelegen in een onrechtmatige daad van de producent, geregeld in artikel 6:162 BW. Voor verhaal van schade is vereist dat de producent onrechtmatig handelde. Uit de jurisprudentie kan worden opgemaakt dat onrechtmatig is het in het verkeer brengen van een gebrekkig product. Oftewel, van een zorgvuldig handelend producent wordt geëist dat hij een product in het verkeer brengt dat de veiligheid biedt dat men daarvan mag verwachten.⁵ Niet reeds het enkele in het verkeer brengen van een gebrekkig product brengt een schadevergoedingsplicht met zich. Ingevolge artikel 6:162, eerste lid, BW is vereist dat de daad aan de producent kan worden toegerekend krachtens schuld, verkeersopvattingen of wet. De patiënt dient in beginsel de onrechtmatige daad en de toerekenbaarheid ervan aan de producent te stellen en, bij betwisting, te bewijzen.⁶ Voorts is ingevolge artikel 6:163 BW vereist dat de geschonden norm strekte tot bescherming van schade zoals de patiënt die heeft geleden.⁷

Een voorbeeld van een zaak waarin de maatstaf ter beoordeling van de onrechtmatigheid van het gedrag van de producent werd geformuleerd betreft het Halcion-arrest. Op 2 november 1977 werd op verzoek van Upjohn het slaapmiddel Halcion ingeschreven in het Nederlands register voor farmaceutische *spécialités*. Daarvoor verkreeg Upjohn met dat middel toelating tot de Nederlandse markt. In de zomer van 1979 raakte het slaapmiddel in opspraak. Op 2 augustus 1979 besloot het College ter beoordeling van geneesmiddelen om de registratie van Halcion in alle sterkten te schorsen met ingang van 6 augustus 1979. Op 5 februari 1980 volgde de doorhaling van die registratie.

5 HR 30 juni 1989, *NJ* 1990, 652, met nt. C.J.H. Brunner (Halcion-arrest) en HR 22 oktober 1999, *NJ* 2000, 159. Zie ook Rechtbank Utrecht 5 december 2012, *LJN* BY7842 en Rechtbank 's-Hertogenbosch 21 juli 2010, *L&S* 2011, 125.

6 Zie voor een voorbeeld Rechtbank 's-Hertogenbosch 21 juli 2010, *L&S* 2011, 125. Zie echter voor verlichting van de bewijslast door het aannemen van een schuldvermoeden of door een objectivering van de schuldeis bij de grondslag van de onrechtmatige daad bij productaansprakelijkheid onder meer HR 25 maart 1966, *NJ* 1966, 279, met nt. G.J. Scholten; HR 2 februari 1973, *NJ* 1973, 315 (Lekkende Kruik I-arrest); HR 1 oktober 1993, *NJ* 1995, 182, met nt. C.J.H. Brunner (Lekkende Kruik III-arrest, vervolg op Lekkende Kruik I-arrest); HR 24 december 1993, *NJ* 1994, 214 en HR 6 december 1996, *NJ* 1997, 219.

7 Zie voor een uitvoeriger bespreking van de onrechtmatige daad als grondslag hoofdstuk 4, par. 4.3.

In de procedure die werd ingesteld door een aantal gebruikers van Halcion, stelden eisers dat zij het middel Halcion hadden gebruikt en dat zij als gevolg van de bijwerkingen die dat gebruik met zich bracht, ernstige schade hadden geleden. Zij verweten Upjohn onrechtmatig te hebben gehandeld door Halcion te laten registreren en in Nederland in het verkeer te brengen, terwijl dat middel schadelijke en gevaarlijke bijwerkingen bleek te hebben. Het subsidiaire verwijt was dat Upjohn verwijtbaar onrechtmatig had gehandeld door het middel in te hoge tabletsterkten te laten registreren en te verhandelen zonder voldoende te waarschuwen voor mogelijke schadelijke bijwerkingen bij gebruik, althans bij gebruik in te hoge frequentie en of dosering. De rechtbank stelde vast dat zij diende te beoordelen of Halcion een deugdelijk danwel een ondeugdelijk product was en of het enkele in het verkeer brengen van dat middel door Upjohn daardoor onrechtmatig was jegens eisers. Beoordeeld diende dus te worden of het geneesmiddel gebrekkig was waarvoor de rechtbank als norm hanteerde dat een geneesmiddel gebrekkig is wanneer het niet de veiligheid biedt die de gebruiker/consument gerechtigd is te verwachten, alle omstandigheden in aanmerking genomen. Ook het Hof in tweede instantie formuleerde als norm dat een geneesmiddel gebrekkig is wanneer het niet de veiligheid biedt die de gebruiker/consument gerechtigd is te verwachten, alle omstandigheden in aanmerking genomen. Zo Halcion gebrekkig zou zijn, dan is het in het verkeer brengen ervan onrechtmatig, aldus het hof. In cassatie werd de norm aan de orde gesteld. De Hoge Raad overwoog vervolgens als volgt: ‘Het hof heeft (...) geoordeeld dat een geneesmiddel gebrekkig is “wanneer het niet de veiligheid biedt die de gebruiker/consument gerechtigd is te verwachten, alle omstandigheden in aanmerking genomen”. Dit oordeel is juist.’⁸

Belangrijker is echter de wettelijke grondslag van artikel 6:185, eerste lid, BW. Het artikel vormt de kern van de regeling betreffende aansprakelijkheid inzake producten met gebreken, neergelegd in Boek 6, titel 3, afdeling 3, BW. Artikel 6:185, eerste lid, BW gaat uit van een *risicoaansprakelijkheid* van de producent voor schade veroorzaakt door een gebrek in zijn product. Wat opvalt, is dat ter beoordeling van de risicoaansprakelijkheid van de producent dezelfde norm wordt gehanteerd als bij de beoordeling van de onrechtmatige daad; het in het verkeer brengen van een gebrekkig product maakt dat de producent aansprakelijk is.⁹

⁸ HR 30 juni 1989, NJ 1990, 652, met nt. C.J.H. Brunner (Halcion-arrest).

⁹ Zie in die zin ook L. Dommering-van Rongen, Productaansprakelijkheid, Een rechtsvergelijkend overzicht, Deventer: Kluwer 2000, p. 32.

Om die reden dan ook kon in de Halcion-zaak bij het formuleren van de maatstaf reeds worden geanticipeerd op de regeling der productenaansprakelijkheid die toen in voorbereiding was. Zoals opgemerkt koos de rechtbank als maatstaf het criterium of de producent een gebrekkig product in het verkeer had gebracht en werd onder gebrekkig verstaan 'de veiligheid die men van het product mag verwachten'. De rechtbank wees daarbij op het (toen nog) gewijzigde ontwerp voor de EEG-Richtlijn inzake aansprakelijkheid voor producten met gebreken (PbEG C 271/3) van 16 oktober 1979. Ook het hof in tweede instantie wees op de maatstaf in het ontwerp voor de EEG-Richtlijn.¹⁰

Anders dan de grondslag van artikel 6:162 BW, vereist de grondslag van artikel 6:185 BW bekendheid met het gebrek noch enig verwijt. Reeds zijn hoedanigheid maakt de producent aansprakelijk voor de schade die door een gebrekkig product bij de patiënt is veroorzaakt. De patiënt hoeft dan ook niet te stellen en, bij betwisting, te bewijzen dat de producent onzorgvuldig heeft gehandeld door een gebrekkig product in het verkeer te brengen en dat hij daaraan schuld heeft. Wel zal hij – net als bij de grondslag van de onrechtmatige daad – moeten stellen en, bij betwisting, moeten bewijzen dat het product gebrekkig is en dat hij als gevolg van dat gebrek schade lijdt.

Samenloop van de grondslagen van artikel 6:162 BW en artikel 6:185 BW is niet uitgesloten, zo volgt uit artikel 6:193 BW, maar duidelijk is dat de grondslag van artikel 6:185 BW door een risicoaansprakelijkheid bij de producent te leggen de patiënt bewijsrechtelijke voordelen biedt. Ingevolge artikel 6:192, eerste lid, BW is het de producent bovendien niet mogelijk om aansprakelijkheid jegens de patiënt in de vorm van een contract uit te sluiten of te beperken, wat Boek 6, titel 3, afdeling 3, BW tot dwingend recht maakt.¹¹ Heeft de patiënt de keuze – mogelijk heeft hij die keuze in een enkel geval niet, bijvoorbeeld wanneer de regeling der productaansprakelijkheid toepassing mist door verjaring,¹² of vanwege het feit dat de kwestie materieel wel, maar formeel niet onder de reikwijdte van Boek 6, titel 3, afdeling 3, BW valt¹³ –, dan lijkt het aannemelijk dat hij zijn vordering zal baseren op

10 Het vonnis en het arrest zijn te kennen uit HR 30 juni 1989, *NJ* 1990, 652, met nt. C.J.H. Brunner (Halcion-arrest).

11 Kamerstukken II 1985/86, 19636, nr. 3, p. 12 (MvT). Indien de producent zich – in een uitzonderlijk geval, want doorgaans wordt er geen overeenkomst met de patiënt gesloten – toch bedient van een exonatiebeding, dan is het beding vernietigbaar op grond van artikel 3:40, tweede lid, BW, gezien het beschermende karakter van Boek 6, titel 3, afdeling 3, BW.

12 De regeling der productaansprakelijkheid kent een kortere verjaringstermijn. Deze is drie jaar, zie daarvoor hoofdstuk 7, par. 7.4.3.

13 Zie voor 'reflexwerking' indien de casus ook materieel niet onder de richtlijn valt L. Dommering-van Rongen, Productaansprakelijkheid, een rechtsvergelijkend overzicht, Deventer: Kluwer 2000, p. 15 met verwijzing naar HR 6 december 1996, *NJ* 1997, 219 en HR 22 oktober 1999, *NJ* 2000, 159.

de grondslag van artikel 6:185 BW. In het hiernavolgende wordt dan ook voornamelijk ingegaan op deze grondslag.

5.3 DE BETEKENIS VAN DE RICHTLIJN INZAKE DE AANSPRAKELIJKHEID VOOR PRODUCTEN MET GEBREKEN

Achter zowel de keuze voor de risicoaansprakelijkheid van de producent als de onmogelijkheid om aansprakelijkheid contractueel uit te sluiten, gaat een *beschermingsgedachte* schuil, die een lange historie kent. De Nederlandse wetgeving kende in eerste instantie geen bijzondere regeling betreffende de aansprakelijkheid van een producent voor de gevolgen van een gebrek in zijn product.¹⁴ Kwesties aangaande aansprakelijkheid van een producent werden doorgaans afgedaan op de grondslag van de onrechtmatige daad (artikel 1401 Oud BW).¹⁵ In 1968 echter begon de Europese Commissie met de ontwikkeling van een richtlijn inzake de aansprakelijkheid van de producent voor schade veroorzaakt door een gebrek in zijn product. Doel van de richtlijn was het voorkomen van vervalsing van mededinging en aantasting van het vrij verkeer van goederen binnen de gemeenschappelijke markt evenals het bieden van bescherming aan de consument (waaronder ook de patiënt) op een – in elke Lidstaat – gelijk (en voldoende) niveau door de wetgeving van de Lidstaten aangaande productaansprakelijkheid te harmoniseren.¹⁶ De ontwikkeling kwam mede op gang vanwege de aandacht voor de Softenon-zaak (ook bekend als Contergan-Skandal), die zich afspeelde tegen de achtergrond van het gebruik door zwangere vrouwen van het kalmerende middel Softenon. Het medicijn bleek grote schade aan de foetus te veroorzaken.

Het medicijn Softenon werd onder leiding van Heinrich Mückter in het bedrijf Grünenthal GmbH ontwikkeld, geproduceerd en verkocht. Het medicijn bevatte de stof thalidomide, dat een kalmerende werking zou hebben op zwangere vrouwen. Begin jaren zestig bleek echter dat Softenon de geboorte van mismaakte kinderen veroorzaakte. Wereldwijd werden vijftienduizend baby's met afwijkingen geboren. De relatie tussen de mismaakte kinderen en de inname door de moeders van thalidomide werd door de Hamburgse arts Widukind Lenz ontdekt. Ondanks waarschuwingen ging de fabrikant door met de verkoop van Softenon. Op 27 mei 1968 begon in West-Duitsland het proces tegen Grünenthal. Aangeklaagd werden eigenaar Hermann Wirtz, wetenschappelijk directeur Heinrich Mückter, CIO Jacob Chauvistré en anderen. Hun werd

14 Het ontwerp van het Nieuw BW bevatte in artikel 6.3.1.3 één bepaling over productaansprakelijkheid, zie Parl. Gesch. Boek 6, p. 782.

15 Zie voor een voorbeeld HR 30 juni 1989, NJ 1990, 652, met nt. C.J.H. Brunner (Halcion-arrest).

16 Zie de considerans van de richtlijn.

verweten letsel en/of de dood te hebben veroorzaakt door nalatig handelen. Het proces eindigde met een schadevergoeding voor de slachtoffers. Grünenthal heeft 100 miljoen DM aan een stichting gedoneerd met het doel om de slachtoffers schadeloos te stellen. Nadien is nog een aantal miljoenenbedragen in de stichting gestort.¹⁷

In 1974 circuleerde een eerste voorontwerp voor een Europese richtlijn.¹⁸ Op 23 juli 1976 werd een tweede voorontwerp door de Commissie goedgekeurd en gepubliceerd,¹⁹ en voor advies voorgelegd aan het Economisch en Sociaal Comité en aan het Europees Parlement.²⁰ Na een voorbereidingsperiode van vijf jaar werd op 25 juli 1985 door de Raad van Ministers van de Europese Gemeenschappen de 'Richtlijn betreffende de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen der lidstaten inzake de aansprakelijkheid voor producten met gebreken' vastgesteld (de Richtlijn).²¹ De totstandkoming van de Richtlijn maakte een (nadere) ontwikkeling van een Nederlandse regeling voor productaansprakelijkheid overbodig. In het Gewijzigd Ontwerp van het Nieuw BW werd een aparte afdeling gereserveerd ter implementatie van de Richtlijn. Boek 6, titel 3, afdeling 3, BW is sinds 1 januari 1992 geldend recht.²² De implementatie van de Richtlijn in het BW betekent echter niet dat de Richtlijn haar betekenis heeft verloren. Hoewel de Richtlijn ingevolge artikel 22 Richtlijn geen horizontale directe werking heeft – wat betekent dat burgers (patiënten) zich ten overstaan van een nationale of Europeesrechtelijke instantie *niet* kunnen beroepen op het Europese recht – gaat van de Richtlijn wel verticale directe werking uit, omdat de daarin opgenomen bepalingen onvoorwaardelijk en voldoende duidelijk en nauwkeurig zijn.²³

17 Zie de archiefberichten op <www.grunenthal.com>. Zie ook de bespreking van de zaak door J.J.E. van Everdingen e.a., Smetten op de witte jas, Overveen/Amsterdam: Belvédère/Boom 1994, p. 155 e.v.

18 Dok XI/334/74. Het ontwerp was gebaseerd op artikel 100 van het EEG-verdrag, welk artikel Europese wetgevende machten de mogelijkheid biedt om richtlijnen vast te stellen teneinde wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van Lidstaten nader tot elkaar te brengen. Artikel 100 EEG-Verdrag wijzigde bij de inwerkingtreding van het EG-(oprichtings)verdrag (Verdrag van Maastricht, 1 november 1993) PbEG C191, 29 juli 1992 in artikel 94 EG-verdrag, thans artikel 115 VwEU, PbEU C83, 3 maart 2010.

19 PbEG C 241/9 van 14 oktober 1976 en PbEG C 271/3 van 26 oktober 1979. Het tweede voorontwerp werd eerst aan verschillende raadgevende organen voorgelegd: Dok XI/334/75. Voor de procedure zie <www.ec.europa.eu>.

20 Advies ESC is van 13 juli 1978, PbEG C 114/15 van 7 mei 1979 en advies EP is van 26 april 1979 PbEG C 127/61 van 21 mei 1979.

21 Richtlijn 85/374/EEG, PbEG 1985, L 210/29.

22 KB 16 december 1991, Stb. 1991, 690 en de beschikking van de Minister van Justitie van 22 november 1991, Stb. 1991, 600. Zie verder Kamerstukken II 1985/86, 19636, nr. 1 tot en met Kamerstukken II 1989/90, 19636, nr. 17, Kamerstukken I 1989/90, 19636, nr. 162a, 162b en 162c en Kamerstukken II 1989/90, 21430, nr. 1 tot en met Kamerstukken II 1990/91, 21430, nr. 8 en Kamerstukken I 1990/91, 21430, nr. 260 en 260a.

23 De afwezigheid van *horizontale* directe werking is in lijn met heersende jurisprudentie op dit punt: een richtlijn kan uit zichzelf geen verplichtingen aan particulieren opleggen en een bepaling van een richtlijn kan niet als zodanig tegenover een particulier worden ingeroepen, aldus HvJEG 19 januari 1982, zaaknr. 8/81

De verticale directe werking brengt ten eerste met zich dat patiënten die in de periode tussen 30 juli 1988 en 1 november 1990 schade hebben ondervonden door een gebrekkig product de mogelijkheid hebben om tegenover de Nederlandse Staat een beroep te doen op de Richtlijn.²⁴ Hoewel in artikel 19 Richtlijn werd bepaald dat de Lidstaten de nodige wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in werking moesten laten treden om uiterlijk drie jaar te rekenen vanaf de datum van kennisgeving ervan aan deze richtlijn te voldoen (aldus voor 30 juli 1988), implementeerde Nederland de Richtlijn pas op 1 november 1990, in de vorm van artikel 1407a-j BW.²⁵ Ten tweede brengt verticale directe werking met zich dat, voor zover Nederland met Boek 6, titel 3, afdeling 3, BW het doel van de Richtlijn niet bereikt, een beroep tegenover de Nederlandse Staat mogelijk is. Vooralsnog kan uit de vijfjaarlijkse verslagen van de Commissie – een verplichting ingevolge artikel 21 Richtlijn – worden afgeleid dat dit niet het geval is.²⁶ Belangrijker is echter de verplichte *richtlijnconforme uitleg* van de Richtlijn; de nationale rechter dient bij de toepassing van het nationale recht – en met name van de bepalingen van een speciaal ter uitvoering van een richtlijn vastgestelde wet – dit nationale recht uit te leggen in het licht van de bewoordingen en het doel van de Richtlijn, teneinde het in het artikel 189, derde lid, EEG-Verdrag (thans artikel 288 VwEU, bedoelde resultaat te bereiken.²⁷ Het doel van Richtlijn 85/374/EEG kan aldus worden samengevat dat door een volledige harmonisatie van de wetgevingen binnen de EU concurrentievervalsingen en aantasting van het vrije goederenverkeer wordt tegengegaan

(Becker); HvJEG 26 februari 1986, zaaknr. 152/84 (Marshall-arrest) en HvJEG 8 oktober 1987, NJ 1988, 1029 (Kolpinghuis). Zie ook Kamerstukken II 1988/89, 19636, nr. 9, p. 2 (Nota naar aanleiding van het eindverslag). Voor het primaire recht, zoals het EU-Verdrag en het VwEU is horizontale directe werking wel aanvaard, zie HvJEG 5 februari 1963, zaaknr. 26/62 (Van Gend & Loos) en HvJEG 15 juli 1964, zaaknr. 6/64 (Costa/Enel). Als voorwaarde geldt dat de verplichtingen nauwkeurig, duidelijk en onvoorwaardelijk zijn en geen aanvullende maatregelen vereisen: HvJEG 16 juni 1966, zaaknr. 57/65 (Lütticke-arrest). Zie voor *verticale* directe werking ook L. Dommering-van Rongen, *Productaansprakelijkheid, een rechtsvergelijkend overzicht*, Deventer: Kluwer 2000, p. 12.

24 Zie voor een voorbeeld Gerechtshof Leeuwarden 18 maart 1998, NJ 1998, 867.

25 Wetsvoorstel 19636. Wet van 13 september 1990, Stb. 1990, 487. Iwtr. 1 november 1990, Stb. 1990, 523. Wetsvoorstel 21430 behandelde de aanpassing van Boek 6 NBW aan de Richtlijn. Zie uitvoeriger over de ontstaansgeschiedenis L. Dommering-van Rongen, *Productaansprakelijkheid, een rechtsvergelijkend overzicht*, Deventer: Kluwer 2000, p. 5-6.

26 Ingevolge artikel 21 Richtlijn dient de Commissie aan de Raad en het Parlement periodiek verslag doen over de effecten van de Richtlijn en de eventuele noodzaak tot wijzigingen. Het eerste verslag dateert van 13 december 1995: COM (1995) 617. Dit verslag leidde niet tot wijzigingen van de Richtlijn. De 'BSE-affaire' daarentegen was voor het Europees Parlement reden om de Commissie een voorstel te doen tot uitbreiding van de reikwijdte van de Richtlijn door ook landbouwgrondstoffen onder de werking van de Richtlijn te brengen: COM (1997) 478. De wijziging werd vervolgens vastgelegd in de Richtlijn van 10 mei 1999, Richtlijn 1999/34/EG, PbEG 1999, L141/20. Andere voorgestelde wijzigingen werden niet aangenomen, PbEG 1999, C 49. Op 31 januari 2000 verscheen het tweede verslag van de Commissie: COM (2000) 893 def. Het derde verslag tot slot dateert van 14 september 2006: COM (2006) 496 def. Geen van beide verslagen leidde tot wijzigingen. Een nieuwe evaluatie wordt binnenkort verwacht.

27 HvJEG 10 april 1984, zaaknr. 14/83 (Von Colson en Kamann); HvJEG 15 mei 1986, zaaknr. 222/84 (Johnston); HvJEG 8 oktober 1987, NJ 1988, 1029 (Kolpinghuis) en HvJEG 13 november 1990, zaaknr. 106/89 (Marleasing). Zie ook Asser/Hartkamp 3-I* 2011, nr. 181.

en de consumentenbescherming – patiëntenbescherming – op een gelijk niveau wordt gebracht.²⁸ Het Hof van Justitie heeft inmiddels meermalen het doel van harmonisatie bevestigd en geoordeeld dat bij de uitleg van de Richtlijn zo veel mogelijk rekening moet worden gehouden met de belangen van de consument, onder wie ook de patiënt.²⁹

Zie voor een voorbeeld van doelinterpretatie van de Richtlijn inzake de aansprakelijkheid voor producten met gebreken in een medische aangelegenheid de zaak die aan het Hof van Justitie werd voorgelegd door de Deense rechter in de zaak *Veedfald/Århus Amtskommune*. *Veedfald* diende op 21 november 1990 in het ziekenhuis van Skejby een niertransplantatie te ondergaan. Nadat de nier bij de donor, in casu *Veedfalds* broer, was verwijderd, werd deze met het oog op de transplantatie gespoeld met een daarvoor bestemde infusievloeistof. De vloeistof vertoonde gebreken, zodat een van de bloedvaten van de nier bij de spoeling verstopt raakte en de nier ongeschikt werd voor transplantatie. De spoelvloeistof werd bereid in de laboratoria van de apotheek van een ander ziekenhuis, het Århus Kommunehospital (gemeentelijk ziekenhuis van Århus), om in het ziekenhuis van Skejby te worden gebruikt. Eigenaar en beheerder van beide ziekenhuizen was de Amtskommune. Met een beroep op de Deense wet vorderde *Veedfald* schadevergoeding van de Amtskommune. Deze wees elke aansprakelijkheid af en voerde aan, dat zij het product niet in het verkeer had gebracht en dat het product evenmin met een economisch doel was vervaardigd, aangezien beide ziekenhuizen volledig met openbare middelen werden bekostigd. Het beroep van *Veedfald* bij het *Vestre Landsret* tegen deze beslissing tot weigering van schadevergoeding werd bij vonnis van 29 september 1997 verworpen. *Veedfald* heeft tegen deze uitspraak hoger beroep ingesteld bij het *Højesteret*. Het *Højesteret* twijfelde over de uitlegging van het nationale recht tegen de achtergrond van de bepalingen van de richtlijn, en schorste de behandeling van de zaak, teneinde het Hof van Justitie prejudiciële vragen te stellen. Aan de orde was onder meer de vraag of de Richtlijn van toepassing was op de situatie waarbij een door een ziekenhuis vervaardigde infusievloeistof een gebrek vertoonde met als gevolg dat de voor transplantatie bestemde nier onbruikbaar werd. Hoewel naar de letter van de Richtlijn niet gesproken kon

28 Kamerstukken II 1985/86, 19636, nr. 3, p. 1 (MvT) en Derde verslag van de commissie aan de Raad, het Europees Parlement en het Europees Economisch en Sociaal Comité, derde verslag over de toepassing van de richtlijn van de Raad betreffende de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen der lidstaten inzake de aansprakelijkheid voor producten met gebreken, Brussel 14 september 2006, COM (2006) 496, p. 12. Zie ook par. 5.2.1.

29 HvJEG 25 april 2002, zaaknr. 52/00 (Commissie/Frankrijk); HvJEG 25 april 2002, zaaknr. 154/00 (Commissie/Griekenland); HvJEG 25 april 2002, zaaknr. 183/00 (Gonzales Sangez); HvJEG 10 januari 2006, NJ 2006, 286, met nt. M.R. Mok (Skov/Bilka) en HvJEG 10 mei 2001, VR 2001, 111 (*Veedfald/Århus Amtskommune*).

worden van ‘in het verkeer brengen’ overwoog het Hof van Justitie dat het feit dat het product in het kader van een dienstverlening werd gebruikt niet aan toepasselijkheid in de weg stond en voorts dat er ‘van in het verkeer brengen’ sprake was ook al had de infusievloeistof de medische controlesfeer niet verlaten. Ook in zijn overweging ten aanzien van de ‘schade’ keek het Hof van Justitie naar het doel van de Richtlijn en besliste het dat het hier letselschade van de patiënt betrof voor wie de – thans door het gebrekkige product onbruikbare – nier bestemd was.³⁰

De plicht tot richtlijnconforme interpretatie is van belang in geval een richtlijn correct is omgezet, alsook in het geval dat implementatie te laat is gebeurd of op onjuiste wijze.³¹ In het eerste geval kan het nodig zijn prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie te stellen. Op grond van artikel 267 VwEU ligt de bevoegdheid voor het stellen van een dergelijke prejudiciële vraag bij de nationale rechter bij wie een interpretatievraag opkomt.³² In het tweede geval dient de nationale rechter de nationale wet door uitleg te corrigeren.

Zie voor een voorbeeld van prejudiciële vragen over de Richtlijn inzake de productaansprakelijkheid in het kader van een medische aangelegenheid de eerder aangehaalde zaak *Veedfald/Århus Amtskommune*. Het Deense *Højesteret* twijfelde over de uitlegging van het nationale recht en schorste de behandeling van de zaak, teneinde het Hof van Justitie de volgende prejudiciële vragen te stellen:

‘1) Moet artikel 7, sub a, van Richtlijn 85/374/EEG van de Raad van 25 juli 1985 aldus worden uitgelegd, dat een gebrekkig product niet in het verkeer is gebracht, wanneer de producent het product in het kader van een bepaalde medische dienstverrichting vervaardigt en gebruikt om een menselijk orgaan dat op het tijdstip van het intreden van de schade bij de donor is weggenomen, voor te bereiden voor transplantatie in het lichaam van de ontvanger, en het orgaan bij die voorbereiding wordt beschadigd?

2) Moet artikel 7, sub c, van Richtlijn 85/374/EEG van de Raad van 25 juli 1985 aldus worden uitgelegd, dat een openbaar ziekenhuis krachtens de richtlijn niet aansprakelijk is voor producten die door dat ziekenhuis worden vervaardigd en gebruikt in het kader van een bepaalde, met openbare middelen gefinancierde

30 HvJEG 10 mei 2001, VR 2001, 111 (*Veedfald/Århus Amtskommune*), besproken door L. Dommering-van Rongen, ‘Productaansprakelijkheid ziekenhuis voor gebrekkige infusievloeistof, *NTBR* 2001/9, p. 474-478.

31 L. Dommering-van Rongen, *Productaansprakelijkheid, een rechtsvergelijkend overzicht*, Deventer: Kluwer 2000, p. 13. Zie voor een voorbeeld Gerechtshof Leeuwarden 18 maart 1998, *NJ* 1998, 867.

32 Voorheen artikel 234 EG-Verdrag.

dienstverrichting van de producent ten behoeve van de gelaedeerde, zonder financiële bijdrage van deze laatste?

3) Stelt het gemeenschapsrecht eisen aan de afbakening door de lidstaten van de uitdrukkingen “schade veroorzaakt door dood of door lichamelijk letsel” en “beschadiging of vernietiging van een andere zaak dan het gebrekkige product” in artikel 9 van richtlijn 85/374/EEG van de Raad van 25 juli 1985, of kan elke lidstaat vrij bepalen wat onder die twee uitdrukkingen moet worden verstaan?

4) Moet artikel 9, sub a, van richtlijn 85/374/EEG van de Raad van 25 juli 1985 aldus worden uitgelegd, dat beschadiging van een menselijk orgaan dat op het tijdstip van het intreden van de schade bij de donor is weggenomen om onmiddellijk daarna bij een bepaalde andere persoon te worden getransplanteerd, ten aanzien van de ontvanger van het orgaan onder het begrip “schade veroorzaakt door lichamelijk letsel” valt?

5) Moet artikel 9, sub b, van richtlijn 85/374/EEG van de Raad van 25 juli 1985 aldus worden uitgelegd, dat beschadiging van een menselijk orgaan dat op het tijdstip van het intreden van de schade bij de donor is weggenomen om onmiddellijk daarna bij de ontvanger te worden getransplanteerd, ten aanzien van de ontvanger van het orgaan onder het begrip “beschadiging of vernietiging van een ander zaak dan het gebrekkige product” valt?³³

Bij de voor uitleg in aanmerking komende regels gaat het niet alleen om de (beoogde) wet ter uitvoering van de richtlijn, maar ook om andere nationale regels.³⁴ Voor de Nederlandse patiënt betekent dit dat niet slechts Boek 6, titel 3, afdeling 3, BW conform Richtlijn 85/374/EEG moeten worden uitgelegd, maar ook artikel 6:162 BW. Artikel 6:162 BW (althans 1401 Oud BW) was immers van toepassing gedurende de periode dat Boek 6, titel 3, afdeling 3, BW nog geen geldend recht was en zal nog steeds als grondslag worden gebruikt in die gevallen waarin de regeling der productaansprakelijkheid toepassing mist.

De verplichting tot richtlijnconforme uitleg vindt haar begrenzing in de algemene rechtsbeginselen die deel uitmaken van het gemeenschapsrecht, en met name in het rechtszekerheidsbeginsel en het verbod van terugwerkende kracht.³⁵

33 HvJEG 10 mei 2001, VR 2001, 111 (Veefald/Århus Amtskommune). Zie voor andere voorbeelden van prejudiciële vragen HR 4 april 2008, NJ 2008, 202; HvJEU 16 juli 2009, NJ 2011, 349, met nt. T.M. de Boer (Zuid-Chemie) en HvJEU 21 december 201, zaaknr. 495/10 (Commissie/Verenigd Koninkrijk).

34 Asser/Hartkamp 3-I* 2011, nr. 181.

35 HvJEG 8 oktober 1987, NJ 1988, 1029 (Kolpinghuis). Zie ook Kamerstukken II 1988/89, 19636, nr. 9, p. 2 (Nota naar aanleiding van het eindverslag).

5.4 HET TOEPASSINGSBEREIK VAN DE RISICOAANSPRAKELIJKHEID VAN DE PRODUCENT

5.4.0 *Opmerkingen vooraf*

Op de producent rust een risicoaansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door een gebrek in het product dat de producent in het verkeer heeft gebracht. Ter beoordeling van de toepasselijkheid van Boek 6, titel 3, afdeling 3, BW in geval van gezondheidsschade veroorzaakt door een product is het noodzakelijk om nader in te gaan op de begrippen ‘product’, ‘producent’, ‘gebrek’ en ‘schade’, waarbij steeds ook de corresponderende bepaling uit de Richtlijn wordt aangehaald, zulks ter interpretatie en verduidelijking van de Nederlandse bepaling (par. 5.4.1-5.4.4). De bespreking wordt zoveel mogelijk voorzien van illustraties uit de (medische) rechtspraak en de praktijk. De meeste voorbeelden zien op de gebrekkigheid van geneesmiddelen, protheses en bloedproducten. Waar geen voorbeeld van een ‘medische’ zaak voorhanden is, wordt gebruik gemaakt van voorbeelden op ander terrein.

5.4.1 *Het product*

Product in de zin van Boek 6, titel 3, afdeling 3, BW is een roerende zaak, ook nadat deze een bestanddeel is gaan vormen van een andere roerende of onroerende zaak, alsmede elektriciteit, aldus artikel 6:187, eerste lid, BW. Artikel 6:187 BW is daarmee een uitwerking van artikel 2 Richtlijn. Onder roerende zaken vallen niet alleen eindproducten, maar tevens onderdelen en grondstoffen, hetgeen volgt uit artikel 6:187, tweede lid, BW. Uit artikel 6:187, eerste lid, BW kan voorts worden opgemaakt dat de aansprakelijkheid van de producent niet eindigt, indien het product als zodanig ophoudt te bestaan vanwege zijn verwerking in een andere roerende zaak of in een onroerende zaak.³⁶ ‘Bestanddeel’ heeft dan ook een ruimere betekenis dan het gangbare zakenrechtelijke begrip.³⁷ De noodzaak tot het apart noemen van ‘elektriciteit’ is hierin gelegen dat elektriciteit geen ‘roerende zaak’ is. Het gaat immers niet om een voor menselijke beheersing vatbaar stoffelijk object.³⁸

Voor zover van belang in het kader van de geneeskundige behandeling brengt de definitie van ‘product’ met zich dat (transfusie)vloeistof, geneesmiddelen, protheses, operatiemateriaal, bloed-(producten), sperma, organen en ander lichaamsmateriaal onder de reikwijdte

³⁶ Zie over onroerende zaken verder L. Dommering-van Rongen, *Produktenaansprakelijkheid* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1991, p. 99-103.

³⁷ Kamerstukken II 1985/86, 19636, nr. 3, p. 10 (MvT).

³⁸ Kamerstukken II 1985/86, 19636, nr. 3, p. 10 (MvT).

van Boek 6, titel 3, afdeling 3, BW vallen.³⁹ Hoewel de mens zelf niet als product wordt beschouwd – de mens is rechtssubject en geen rechtsobject⁴⁰ – wordt bij bloed, sperma en organen naar de heersende leer van een product gesproken zodra zij van het menselijk lichaam zijn gescheiden.⁴¹ Hetzelfde geldt voor cellen en weefsels.⁴²

Zie voor een voorbeeld van een transfusievloeistof als product de Deense zaak Veedfald/Århus Amstkomune.⁴³ Zie voor een voorbeeld van een geneesmiddel als product de zaak tegen fabrikant Merck, de producent van het medicijn Vioxx.⁴⁴ Zie voor een voorbeeld van een anticonceptiemiddel als product de Implanon zaken tegen producent Organon.⁴⁵ Zie voor voorbeelden van protheses als product, de uit de media bekende borstprotheses van fabrikant Poly Implant Prothèse, de heupprotheses van fabrikant DePuy en de ICD-Leads van St. Jude Medical.⁴⁶ Zie voor een voorbeeld van bloed als een product de zaken tegen de Bloedvoorzieningsorganisatie Sanquin.⁴⁷

Artikel 6:187 BW noch artikel 2 Richtlijn maakt expliciet of ook producten die uitsluitend of in belangrijke mate uit informatie bestaan, zoals software en drukwerk, onder de regeling vallen. Twijfel is mogelijk, omdat 'informatie' niet stoffelijk is en dus niet zonder meer als roerende zaak kan worden aangemerkt. Het antwoord is bijvoorbeeld van belang voor computergestuurde hulpmiddelen, zoals robots en *health buddy's* en voor medische informatie, zoals informatie over de werking en toediening van geneesmiddelen, in medische

39 Zie in die zin ook L. Dommering-van Rongen, Productaansprakelijkheid, een rechtsvergelijkend overzicht, Deventer: Kluwer 2000, p.112. Zie voorts HR 6 december 1996, *NJ* 1997, 219.

40 Zie uitvoeriger J.C. van der Steur, Grenzen van rechtsobjecten, een onderzoek naar de grenzen van objecten van eigendomsrechten en intellectuele eigendomsrechten, Deventer: Kluwer 2003, p. 148.

41 Zie onder meer L. Dommering-van Rongen, Produktenaansprakelijkheid (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1991, p. 94; J.C. van der Steur, Grenzen van rechtsobjecten, een onderzoek naar de grenzen van objecten van eigendomsrechten en intellectuele eigendomsrechten, Deventer: Kluwer 2003, p. 148 en A.M.L. Broekhuijsen-Molenaar, Civielrechtelijke aspecten van kunstmatige inseminatie (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1991, p. 123.

42 L. Dommering-van Rongen, Produktenaansprakelijkheid (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1991, p. 86.

43 HvJEG 10 mei 2001, *VR* 2001, 111 (Veedfald/Århus Amstkomune).

44 Rechtbank Haarlem 11 november 2009, *LJN* BK3267 en Gerechtshof Amsterdam 11 januari 2011, *LJN* BP3548.

45 Rechtbank 's-Hertogenbosch 15 juni 2005, *LJN* AT7382; Rechtbank 's-Hertogenbosch 15 juni 2005, *JBPr* 2005, 75, met nt. J.S. Kortmann en Gerechtshof 's-Hertogenbosch 28 augustus 2007, *LJN* BB2385.

46 Zie ook de brief van de Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport betreffende veiligheid van medische implantaten van 27 maart 2012 met kenmerk GMT-3110284 gericht aan de Voorzitter van de Tweede Kamer. Zie voorts R.P. Wijne, 'Wie betaalt de schade van de patiënt in geval van een disfunctionerende prothese?', *TvGr* 2012, nr. 4, p. 297-311 en C. van Weering en A. Collignon, 'Juridische consequentie van gebrekkige heupimplantaten', *PIV-Bulletin* mei 2012, p. 15-18.

47 Rechtbank Amsterdam 3 februari 1999, *NJ* 1999, 621; Gerechtshof Leeuwarden 28 augustus 2002, *LJN* AF5959; Gerechtshof Leeuwarden 19 maart 2003, *LJN* AF5974 en HR 28 januari 2005, *LJN* AR6458.

handboeken.⁴⁸ De Europese Commissie heeft zich vooralsnog op het standpunt gesteld dat de Richtlijn op software van toepassing is,⁴⁹ maar het Hof van Justitie heeft zich er nog niet over hoeven uitlaten. De Minister van Justitie was bij de totstandkoming van de regeling in Nederland terughoudend bij het van toepassing achten van Boek 6, titel 3, afdeling 3, BW op software.

De minister betoogde als volgt: '(...) Wij willen voorop stellen dat het uiteinde-lijke oordeel over deze kwestie is voorbehouden aan het Hof in Luxemburg. Of de rechter software inderdaad zal aanmerken als een produkt kunnen wij niet goed voorspellen. Bij de voorbereiding van de richtlijn is de kwestie van de software niet aan de orde geweest. Produkten in de zin van de richtlijn zijn stoffelijke objecten. Om die reden is voor elektriciteit een bijzondere bepaling opgenomen. Software kan op eenvoudige wijze onder het bereik van de richtlijn worden gebracht door vereenzelviging met het stoffelijk object dat de drager vormt (vgl. L. Dommering-van Rongen, *Produktenaansprakelijkheid en software Computerrecht 1988/5*, bladzijde 227-232). Een dergelijke oprekking van het produktbegrip is naar onze mening evenwel niet zonder bezwaren. De bepalingen in de richtlijn zijn ontworpen met het oog op schade door gebreken in stoffelijke objecten. Met de specifieke belangen van enerzijds de softwarefabrikanten en anderzijds de slachtoffers van gebrekkige software is bij de totstandkoming van de richtlijn geen rekening gehouden. De nadere bepaling van de omvang van de aansprakelijkheid die op softwarefabrikanten komt te rusten, zal geheel door de rechtspraak moeten geschieden. Wij weten niet hoeveel tijd zal zijn gemoeid met het toesnijden van de richtlijn op het specifieke karakter van software. In elk geval zal over de positie van de fabrikanten langere tijd onzekerheid bestaan. De wenselijkheid van de uitbreiding van de risicoaansprakelijkheid voor produktschade tot softwarefabrikanten staat daarom voor ons niet bij voorbaat vast.⁵⁰

Desalniettemin wordt veelal aangenomen dat producten waar de informatie ondergeschikt is aan de hoofdzaak en functioneel voor de werking ervan, zoals bij medische robots en veel andere medische hulpmiddelen, de regeling der productaansprakelijkheid van toepas-

48 In Nederland bijvoorbeeld het Farmacotherapeutisch Kompas. Zie voor een voorbeeld van een procedure Bundesgerichtshof 7 juli 1970 (Druckfehler) beproven door L. Dommering-van Rongen, *Produktenaansprakelijkheid* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1991, p. 95.

49 PbEG 8 mei 1989 C 114/42.

50 Kamerstukken II 1988/89, 19636, nr. 13, p. 5 (Brief van de Minister van Justitie).

sing is.⁵¹ Is de informatie echter hoofdzaak en de materiële drager slechts het middel om informatie over te brengen, dan wordt niet gesproken van een product waar Boek 6, titel 3, afdeling 3, BW op van toepassing is. Op informatie bijvoorbeeld die is verkregen via de elektronische verwerking van patiëntgegevens ziet de afdeling niet.⁵²

5.4.2 De producent

Welke (rechts)personen onder het begrip *producent* vallen, is geregeld in artikel 6:187, tweede lid, BW. Het artikel behelst de implementatie van het gelijkkluidende artikel 3 Richtlijn. Ten eerste valt onder het begrip ‘producent’ de fabrikant van een eindproduct, de producent van een grondstof of de fabrikant van een onderdeel, aldus artikel 6:187, tweede lid, BW. Voor zover van belang in het kader van de schade van patiënt, brengt de definitie met zich dat fabrikanten van borstprotheses, heupprotheses, knieprotheses, elleboogprotheses, hartkleppen, pacemakers en geneesmiddelen, maar bijvoorbeeld ook de landelijke bloedvoorzieningsorganisatie onder de reikwijdte van Boek 6, titel 3, afdeling 3, BW vallen.

Voorbeelden zijn borstprothese- en elleboogprothese fabrikant Dow Corning (Verenigde Staten en Frankrijk), borstprothesefabrikant Poly Implant Prothèse (Frankrijk), heupprothesefabrikant Philips (Nederland), heupprothesefabrikant DePuy Orthopaedics (Verenigde Staten), geneesmiddelenfabrikant Merck BV (Verenigde Staten met maatschappij in Nederland) en bloedvoorzieningsorganisatie Stichting Sanquin (Nederland).⁵³

Een spermabank – veelal gevestigd op de locatie van een (academisch) ziekenhuis – wordt eveneens als fabrikant in de zin van Boek 6, titel 3, afdeling 3, BW aangemerkt, indien de bank werkt met ingevroren sperma dat eerst wordt geanalyseerd, vervolgens wordt inge-

51 Zie L. Dommering-van Rongen, *Produktenaansprakelijkheid* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1991, p. 94 en J.C. van der Steur, *Grenzen van rechtsobjecten, een onderzoek naar de grenzen van objecten van eigendomsrechten en intellectuele eigendomsrechten*, Deventer: Kluwer 2003, p. 148.

52 L. Dommering-van Rongen, *Produktenaansprakelijkheid* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1991, p. 94-95.

53 Zie over de bloedvoorzieningsorganisatie Sanquin <www.sanquin.nl>. Zie ook H.J.J. Leenen, J.C.J. Dute, W.R. Kastelein, *Handboek gezondheidsrecht*, Houten: Bohn Stafleu van Loghum vijfde geheel herziene druk 2008, p. 139 en L. Dommering-van Rongen, *Produktenaansprakelijkheid* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1991, p. 87. Zie voor procedures Rechtbank Amsterdam 3 februari 1999, *NJ* 1999, 62; Gerechtshof Leeuwarden 28 augustus 2002, *LJN* AF5959; Gerechtshof Leeuwarden 19 maart 2003, *LJN* AF5974 en HR 28 januari 2005, *LJN* AR6458. De zaak werd door de Hoge Raad verwezen naar het Gerechtshof Arnhem ter beantwoording van de feitelijke vraag of onrechtmatig was gehandeld, maar de erfgenaam van de inmiddels overleden patiënt heeft de zaak niet voortgezet.

vroren en daarna weer wordt ontdooid (en dit is doorgaans het geval⁵⁴). Hetzelfde geldt voor de bewerker van een orgaan. In die gevallen immers is sprake van een zekere verwerking van het product en is het tot een eindproduct ‘gemaakt’.⁵⁵ Met de opmars van de eicelbank en de overeenkomsten met de wijze van werken, zal ook de eicelbank als producent worden aangemerkt indien de bank werkt met een ingevroren eicel die eerst wordt geanalyseerd, vervolgens wordt ingevroren en daarna weer wordt ontdooid.⁵⁶ Anders ligt het bij het gebruik van vers sperma. In dat geval wordt volstaan met het enkele doorgeven van sperma van de donor aan de ontvangende patiënt en is de bank niet de producent.⁵⁷ Het gevolg is overigens niet dat de donor in zo een geval als producent wordt aangemerkt: niet beroepsmatige of bedrijfsmatige vervaardiging van een product valt buiten de regeling der productaansprakelijkheid.⁵⁸ Gezien de overeenkomsten geldt mijns inziens voor de bloeddonor, de orgaandonor en de eiceldonor hetzelfde.⁵⁹

Wil Boek 6, titel 3, afdeling 3, BW van toepassing zijn, dan moet het gaan om een gebrek in een product en mitsdien valt niet onder het bereik van de regeling een gebrek in een dienstverlening.⁶⁰ Product en dienstverlening kunnen evenwel in elkaars verlengde liggen en zijn niet altijd eenvoudig van elkaar te onderscheiden.⁶¹ Het gevolg hiervan is dat onder omstandigheden ook de ‘dienstverlener’ als producent in de zin van artikel 6:187, tweede lid, BW wordt aangemerkt. Deze conclusie is in het bijzonder van belang in het kader van medische verrichtingen. De verkeersopvatting – die bepalend is voor de beoordeling of sprake is van dienstverlening of van het vervaardigen van een product⁶² – brengt met zich dat de hulpverlener die in het kader van de geneeskundige behandeling (de dienstverlening)

54 Zie voor de procedures de algemene informatie (folders en websites) die beschikbaar is gesteld door verschillende ziekenhuizen met een spermabank.

55 A. M. L. Broekhuijsen-Molenaar, *Civielrechtelijke aspecten van kunstmatige inseminatie en draagmoederschap* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1991, p. 124.

56 Zie over eicelbanken ook <www.umcutrecht.nl>; S. Paauiw, ‘Eicelbank UMC Utrecht van start’, *MC* 13 april 2012, nr. 15, p. 871 (nieuwsreflex) en nieuwsbericht ANP 2 april 2012 over het initiatief van het Universitair Medisch Centrum Utrecht.

57 A. M. L. Broekhuijsen-Molenaar, *Civielrechtelijke aspecten van kunstmatige inseminatie en draagmoederschap* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1991, p. 124.

58 L. Dommering-van Rongen, *Productaansprakelijkheid* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1991, p. 86. Zie ook par. 5.5.

59 In Kamerstukken II 1988/89, 19636, nr. 9, p. 10 (Nota naar aanleiding van het eindverslag) is wat de bloeddonor betreft opgemerkt dat hij zich kan beroepen op het verweer van artikel 6:185, eerste lid, onder c, BW. Zie voorts wat de overeenkomsten betreft ook A. M. L. Broekhuijsen-Molenaar, *Civielrechtelijke aspecten van kunstmatige inseminatie en draagmoederschap* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1991, p. 124.

60 Een richtlijn inzake gebrekkige dienstverlening is onderwerp geweest van een voorstel: Richtlijn van de Raad inzake aansprakelijkheid voor diensten, COM/90/482DEF-SYN 308, PbEG C 12 van 18 januari 1991, blz. 8. Tot een vaststelling is het niet gekomen.

61 Zie voor voorbeelden L. Dommering-van Rongen, *Productaansprakelijkheid, een rechtsvergelijkend overzicht*, Deventer: Kluwer 2000, p. 132.

62 L. Dommering-van Rongen, *Productaansprakelijkheid, een rechtsvergelijkend overzicht*, Deventer: Kluwer 2000, p. 132.

een product produceert en in het verkeer brengt, als producent wordt aangemerkt en voor schade aansprakelijk is ingevolge Boek 6, titel 3, afdeling 3, BW.⁶³ Dat het product wordt gebruikt in het kader van de dienstverlening – de geneeskundige behandeling van de patiënt – doet dus aan de toepasselijkheid van Boek 6, titel 3, afdeling 3, BW op de hulpverlener niet af.

Een twist op dat punt was aan de orde in de zaak Veedfald/Århus Amtskommune. Met een beroep op de Deense wet vorderde patiënt Veedfald voor wie de door de transfusievloeistof beschadigde nier bestemd was schadevergoeding van de Amtskommune. De Deense rechter legde tijdens de procedure het Hof van Justitie een aantal prejudiciële vragen voor. Het Hof van Justitie overwoog ten aanzien van de toepasselijkheid van de Richtlijn als volgt: ‘Wat vooreerst het door de Amtskommune en de Deense regering aangevoerde argument betreft, dat het gebruik van een product in het kader van een dienstverrichting in beginsel niet binnen de werkingssfeer van de richtlijn valt, zolang de gemeenschapswetgever geen regels heeft vastgesteld voor dienstverrichtingen, kan worden volstaan met vast te stellen, dat in het hoofdgeding het gebrek van een bij een dienstverrichting gebruikt product aan de orde is, en niet het gebrek van een dienstverrichting als zodanig.’⁶⁴

Een voorbeeld van een ziekenhuis dat als producent van een bloedproduct optrad, betreft het Dijkzigt ziekenhuis, waar een aantal vrouwen met hepatitis-B besmet raakte bij de uitvoering van een IVF-behandeling. Het ziekenhuis maakte bij de reageerbuisbevruchting gebruik van een zelf vervaardigde kweekvloeistof op basis van van donoren afkomstig bloedserum.⁶⁵

De apotheker daarentegen wordt volgens de literatuur als dienstverlener aangemerkt; hij is niet zozeer producent, maar bereider. Dit wordt ook gezegd van de apotheekhoudende huisarts.⁶⁶ Zij vallen niet onder de regeling van de productaansprakelijkheid.

63 Zie L. Dommering-van Rongen, *Productenaansprakelijkheid* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1991, p. 84; L. Dommering-van Rongen, *Productaansprakelijkheid, een rechtsvergelijkend overzicht*, Deventer: Kluwer 2000, p. 113 en J.C. van der Steur, *Grenzen van rechtsobjecten, een onderzoek naar de grenzen van objecten van eigendomsrechten en intellectuele eigendomsrechten*, Deventer: Kluwer 2003, p. 148.

64 HvJEG 10 mei 2001, VR 2001, 111 (Veedfald/Århus Amtskommune).

65 Zie uitvoeriger A.C. Drogendijk, ‘Hepatitis B-epidemie bij vrouwen die behandeld werden met in vitro-fertilisatie’, *NTvG* 1989;133: 20-5.

66 L. Dommering-van Rongen, *Produktenaansprakelijkheid* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1991, p. 85 met verwijzing naar andere literatuur. Zie voor een niet-medisch voorbeeld Rechtbank Breda 19 december 2007, *LJN* BC8144 (trailers van TIP) en Rechtbank Zutphen 7 februari 2007, *LJN* BA5773 (stacaravans van Nijbo).

‘Producent’ is ten tweede een ieder die zich als producent presenteert door zijn naam, zijn merk of een ander onderscheidingsteken op het product aan te brengen, aldus artikel 6:187, tweede lid, BW. De aansprakelijkheid van de naamgever berust op de gedachte dat bedrijven die produceren voor deze naamgevers dat doorgaans doen volgens hun strikte aanwijzingen en dat een nauwe economische band tussen de werkelijke producent en diens afnemer bestaat.⁶⁷ Voorbeelden zijn grootwinkelbedrijven en postorderbedrijven,⁶⁸ maar ook de licentiegever als hij zich door vermelding van naam, merk of ander onderscheidings-teken op het product als producent presenteert.⁶⁹ Aldus zal ook de (rechts)persoon die zijn naam aan medische producten verbindt met het doel herkenbaar te zijn als degene van wie het product afkomstig is, als producent worden aangemerkt. Degene echter die voor reclamadoeleinden zijn naam aan het product verbindt, valt niet onder de omschrijving, omdat daardoor niet de indruk van producentschap ontstaat.⁷⁰

Ten derde valt onder het begrip ‘producent’ degene die het product van buiten de EU de EU invoert, aldus artikel 6:187, derde lid, BW. In geval van medische producten kan bijvoorbeeld worden gedacht aan importeurs van medische producten die uit de Verenigde Staten afkomstig zijn.

Ten vierde wordt ingevolge artikel 6:187, vierde lid, BW iedere leverancier als producent aangemerkt, indien niet kan worden vastgesteld wie de producent of de EU-importeur van het product is.⁷¹ De bepaling beoogt tegen te gaan dat aan aansprakelijkheid kan worden ontkomen door producten in het verkeer te brengen waarvan de herkomst niet is gededd.⁷² Door de gelijkstelling van de leverancier met de producent bij van buiten de EU geïmporteerde producten waarop niet de naam van de importeur in de EU is vermeld, wordt (bovendien) bereikt dat de patiënt zijn vordering in een Lidstaat kan instellen.⁷³ De regeling gaat niet zover dat de leverancier in de plaats treedt van de producent, indien blijkt dat deze insolvent is.⁷⁴

Hoewel doorgaans de levering van het product ondergeschikt is aan de geneeskundige behandeling en de arts of het ziekenhuis niet als leverancier van (medische) producten

67 L. Dommering-van Rongen, *Produktenaansprakelijkheid* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1991, p. 126.

68 Kamerstukken II 1985/86, 19636, nr. 3, p. 10 (MvT).

69 Kamerstukken II 1987/88, 19636, nr. 6, p. 25 (MvA). Zie over de licentiegever uitvoeriger L. Dommering-van Rongen, *Produktenaansprakelijkheid* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1991, p. 126-129.

70 Kamerstukken II 1985/86, 19636, nr. 3, p. 10 (MvT).

71 Zie bijvoorbeeld HvJEU 2 december 2009, NJ 2010, 210, met nt. M.R. Mok (O’Byrne/Aventis Pasteur).

72 Kamerstukken II 1985/86, 19636, nr. 3, p. 10 (MvT).

73 Kamerstukken II 1985/86, 19636, nr. 3, p. 10 (MvT).

74 Kamerstukken II 1987/88, 19636, nr. 6, p. 26 (MvA).

wordt gezien, zijn uitzonderingen denkbaar bij het gebruik van medische protheses.⁷⁵ Uit de jurisprudentie moet enerzijds worden afgeleid dat, indien het in- of aanbrengen van een prothese onderdeel is van een meer omvattende geneeskundige behandeling de prothese als ‘hulpzaak’ wordt gekwalificeerd en niet als een afgeleverde zaak,⁷⁶ maar anderzijds ook dat voor borstprotheses mogelijk een uitzondering geldt wanneer de patiënt in kwestie een verandering van borstomvang wenste en de prothese geen deel uitmaakte van de genezing van de patiënt.⁷⁷ In dat geval wordt de arts of het ziekenhuis mogelijk als leverancier gezien en is hij dus aansprakelijk, wanneer de producent of de EU-importeur onbekend blijft. Dit geldt mogelijk ook voor het ziekenhuis dat bloed levert.⁷⁸

De hulpverlener (of een andere leverancier) die wordt aangesproken op grond van artikel 6:185 BW in samenhang gelezen met artikel 6:187, vierde lid, BW kan aan aansprakelijkheid ontkomen door de patiënt binnen een redelijke termijn de identiteit van de producent of van degene die het product heeft geleverd, mee te delen. Of de identiteit tijdig bekend is gemaakt, moet door de nationale rechter worden beoordeeld aan de hand van de omstandigheden van het geval.⁷⁹ Wat onder ‘redelijke termijn’ wordt verstaan is niet duidelijk en in de Richtlijn, noch in de Nederlandse wetgeving, is een termijn genoemd. Italië en Portugal hanteren een termijn van drie maanden, terwijl Duitsland een termijn van een maand aanhoudt.⁸⁰ Volgens het tweede vijfjaarlijkse verslag van de Commissie zijn er geen gegevens over de praktische gevolgen van de verschillen en blijkt niet dat harmonisatie op dit punt noodzakelijk is.⁸¹

Het staat Lidstaten niet vrij om een risicoaansprakelijkheid in het leven te roepen voor andere categorieën ondernemers in de productieketen. Het gevolg van de harmonisatie van nationale regelingen door de Richtlijn is dat de Lidstaten hun wetgevende bevoegdheden op het door de Richtlijn bestreken terrein hebben verloren, de zogeheten ‘*Sperrwirkung*’.⁸² Het is dan ook niet toegestaan om – buiten voormelde uitzondering in artikel 6:187, vierde

75 Zie L. Dommering-van Rongen, *Productaansprakelijkheid, een rechtsvergelijkend overzicht*, Deventer: Kluwer 2000, p. 132 voor een vergelijking met het Amerikaanse recht waar de productaansprakelijkheid zich ook tot de leverancier uitstrekt en de afbakening dus nauwer luistert.

76 Gerechtshof Amsterdam 7 januari 1988, *TvGr* 1989, nr. 99 en Gerechtshof Arnhem 27 juni 2000, *VR* 2002, 112, rov. 3.7 (Borstprothese-arrest). Zie ook R.P. Wijne, ‘Wie betaalt de schade van de patiënt in geval van een disfunctionerende prothese?’, *TvGr* 2012, nr. 4, p. 297-311.

77 Rechtbank Maastricht 15 februari 1996, te kennen uit HR 28 mei 1999, *NJ* 1999, 614.

78 Zie in die zin L. Dommering-van Rongen, *Productaansprakelijkheid, een rechtsvergelijkend overzicht*, Deventer: Kluwer 2000, p. 92 en 112.

79 HvJEU 2 december 2009, *NJ* 2010, 210, met nt. M.R. Mok (O’Byrne/Aventis Pasteur).

80 L. Dommering-van Rongen, *Produktenaansprakelijkheid* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1991, p. 133.

81 Verslag over de toepassing van Richtlijn 85/374 inzake de aansprakelijkheid voor producten met gebreken, COM (2000) 893 def., p. 25.

82 Zie uitvoeriger L. Dommering-van Rongen, *Produktenaansprakelijkheid* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1991, p. 47-49 en 51-56.

lid, BW – een met de producent vergelijkbare aansprakelijkheid voor de leverancier of een andere tussenhandelaar op te nemen.⁸³ Desalniettemin is in artikel 13 Richtlijn en, in navolging daarvan, in artikel 6:193 BW bepaald dat het recht op schadevergoeding uit hoofde van Boek 6, titel 3, afdeling 3, BW de rechten die de gelaedeerde ontleent aan een contractuele of buitencontractuele aansprakelijkheid onverlet laat.⁸⁴ De patiënt kan zich dus op de grondslag van de onrechtmatige daad beroepen ook tegenover die personen, die niet onder de werking van de Richtlijn en Boek 6, titel 3, afdeling 3, BW vallen – zoals de leverancier – en voorts op de contractuele aansprakelijkheid van een van hen in het geval de patiënt een contract sloot. Dit laatste zal overigens in de praktijk niet snel aan de orde zijn, nu de patiënt doorgaans een overeenkomst sluit met de arts of het ziekenhuis waarbij het medisch product onderdeel is van de behandelingsovereenkomst en de patiënt niet een overeenkomst sluit met de leverancier van een medisch hulpmiddel. Dit is anders, indien de arts of het ziekenhuis zelf als leverancier moet worden aangemerkt.

5.4.3 De gebrekkigheid

5.4.3.1 Het definiëren van een gebrek

In de literatuur worden ‘gebreken’ wel onderverdeeld in drie (hoofd)groepen, namelijk *ontwerpgebreken*, zijnde gebreken die voortvloeien uit de voorbereiding van de productie waardoor veelal een hele serie producten gebrekkig is, *fabricage- of productiegebreken*, zijnde gebreken die ontstaan zijn tijdens de productie zelf waardoor één of enkele exemplaren gebrekkig zijn en *instructiegebreken*, zijnde gebreken die voortvloeien uit een ondeugdelijke informatie over het gebruik van het product.⁸⁵

Een voorbeeld van een ontwerpgebrek en een productiegebrek betreft de Björk Shiley hartklep van fabrikant Pfizer. In Nederland werden tot 1986 bijna 2300 Björk-Shileykleppen geïmplant. In de jaren tachtig bleek echter dat deze door de chirurg Björk ontworpen hartkleppen door een gebrekkig ontwerp en fraude tijdens de fabricage in het lichaam konden breken. Patiënten stierven

83 HvJEG 10 januari 2006, NJ 2006, 286, met nt. M.R. Mok (Skov/Bilka), HvJEG 14 maart 2006, NJ 2006, 465, met nt. M.R. Mok (Commissie/Frankrijk) en HvJEG 5 juli 2007, zaaknr. 327/05 (Commissie/Denemarken).

84 Bevestigd in de rechtspraak van het HvJEG: HvJEG 25 april 2002, zaaknr. 52/00 (Commissie/Frankrijk), HvJEG 25 april 2002, zaaknr. 154/00 (Commissie/Griekenland), HvJEG 25 april 2002, zaaknr. 183/00 (Gonzales Sangez); HvJEG 10 januari 2006, NJ 2006, 286, met nt. M.R. Mok (Skov/Bilka) en HvJEU 21 december 2011, zaaknr. 495/10 (Centre hospitalier universitaire de Besançon/Dutreux).

85 Zie L. Dommering-van Rongen, *Productenaansprakelijkheid* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1991, p. 144 met verwijzing naar eerdere literatuur; L. Dommering-van Rongen, *Productaansprakelijkheid, een rechtsvergelijkend overzicht*, Deventer: Kluwer 2000, p. 50-53 voor een nadere uitleg van het onderscheid en A.M.L. Broekhuijsen-Molenaar en C.J.J.M. Stolker, *Geneesmiddelen en aansprakelijkheid*, Serie Gezondheidsrecht, nr. 18, Deventer: Kluwer 1986, p. 30-33.

als gevolg van de breuk van een onderdeel van de klep. Bij 53 Nederlandse patiënten is de klep daadwerkelijk gebroken, in drie kwart van de gevallen overleed de patiënt. De zaken zijn met schikkingen beëindigd.⁸⁶ Een ander voorbeeld van een ontwerpgebrek betreft de uit Frankrijk afkomstige Poly Implant Prothèse (PIP) borstprothese. De Inspectie voor de Gezondheidszorg (IGZ) verbood het gebruik van PIP-borstprotheses in verband met een verhoogd risico op scheuren en een ondeugdelijke siliconenvulling.⁸⁷ Op 11 januari 2012 volgde de IGZ het advies op van de Nederlandse Vereniging van Plastisch Chirurgen om, in navolging van de Franse maatregel, over te gaan tot preventieve verwijdering van de PIP-borstprotheses. PIP heeft de borstprotheses gepresenteerd als een veilige prothese, terwijl zij van mechanisch zwakker materiaal waren gemaakt en gevuld werden met afgekeurde industriële siliconen.⁸⁸ Een derde voorbeeld van een ontwerpgebrek betreft het ontwerp van het anticonceptiemiddel Implanon, welk product onderwerp van geschil is geweest in een procedure tegen fabrikant Organon. Mogelijk kon het staafje dat het anticonceptiemiddel bevatte, uit het lichaam worden gewerkt. Het was voorts de vraag of niet ook sprake was van een instructiegebrek door niet te waarschuwen tegen ongemerkte expulsie van het staafje.⁸⁹ Een voorbeeld van een instructiegebrek betreft ook de 'Halcion-zaak'. Ter discussie stond of producent Upjohn voldoende had gewaarschuwd voor mogelijke schadelijke bijwerkingen van het slaapmiddel Halcion. Patiënten die het slaapmiddel hadden gebruikt, uitten angstklachten en namen waanachtige verschijnselen waar, waren depressief, overgevoelig voor geluid en hadden excessieve huilbuien. Hierover was geen waarschuwing uitgegaan.⁹⁰

De definitie van 'gebrek' volgt echter uit artikel 6:186, eerste lid, BW, waarin is bepaald dat een product gebrek is, indien 'het niet de veiligheid biedt die men daarvan mag verwachten'.

86 Zie voor een beschrijving van de zaak ook J.J.E. van Everdingen e.a., Smetten op de witte jas, Overveen/Amsterdam: Belvédère/Boom 1994, p. 172 e.v.

87 Ingevolge artikel 12a van de Wet op de medische hulpmiddelen (Wet van 15 januari 1970, Stb. 1970, 53) is de IGZ bevoegd om ter voorkoming van schade aan de volksgezondheid, een bevel te geven om de handel, invoer of aflevering van een medisch hulpmiddel op te schorten of te beëindigen.

88 Zie de brieven van het Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé van 1 april 2010 en 14 april 2011, in te zien via de website <www.ansm.sante.fr>. Zie ook het persbericht 28 september 2010 van het Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé.

89 Rechtbank 's-Hertogenbosch 15 juni 2005, *LJN* AT7382; Rechtbank 's-Hertogenbosch 15 juni 2006, *JBP* 2005, 75, met nt. J.S. Kortmann en Gerechtshof 's-Hertogenbosch 28 augustus 2007, *LJN* BB2385.

90 Gerechtshof Arnhem 7 juli 1987, *TvC* 1987, 272. Zie voor cassatie HR 30 juni 1989, *NJ* 1999, 652, met nt. C.J.H. Brunner (Halcion-arrest). Zie voor de afwikkeling Rechtbank Arnhem 20 januari 2010, *LJN* BL2340.

Zie het Halcion-arrest als voorbeeld van een zaak waarin ook ten aanzien van de gevallen van voor inwerkingtreding van Boek 6, titel 3, afdeling 3, BW de veiligheid die ‘men mag verwachten’ doorslaggevend is (grondslag onrechtmatige daad). De Hoge Raad overwoog in dat arrest over de maatstaf als volgt: ‘Het hof heeft (...) geoordeeld dat een geneesmiddel gebrekkig is “wanneer het niet de veiligheid biedt die de gebruiker/consument gerechtigd is te verwachten, alle omstandigheden in aanmerking genomen”. Dit oordeel is juist.’⁹¹ Met de uitspraak in de Halcion-zaak wordt duidelijk dat het gebrekkigheids criterium de zorgvuldigheidsnorm aangeeft: niet het enkele in het verkeer brengen van een product is onzorgvuldig, maar wel het in het verkeer brengen van een product dat gebrekkig is.⁹²

De definitie nader bekeken, is het de vraag wie worden begrepen onder ‘men’. Het antwoord is te vinden in de considerans bij het met artikel 6:186 BW corresponderende artikel 6 Richtlijn:⁹³ de verwachting van ‘het grote publiek’ over de veiligheid is maatgevend en (dus) niet de verwachting van een benadeelde in het specifieke geval.⁹⁴ Het begrip ‘verwachting’ op zijn beurt moet (zoveel mogelijk) worden geobjectiveerd.⁹⁵ de standaard van de redelijk handelende en redelijk denkende mens is maatgevend.⁹⁶ In geval van specifieke producten ten aanzien waarvan alleen in een bepaalde kring verwachtingen bestaan, mag evenwel worden aangeknoopt bij de verwachtingen van die bepaalde kring.⁹⁷ De producent heeft de ruimte om onderscheid te maken tussen verschillende doelgroepen door de veiligheidsverwachtingen af te stemmen op de kring van gebruikers. Is de doelgroep ‘de patiënt’, dan moet de norm op de redelijk handelende en redelijk denkende patiënt zijn afgestemd. Is de doelgroep ‘de patiënt’, maar wordt het gebruik bepaald door de arts, zoals bijvoorbeeld

91 HR 30 juni 1989, NJ 1990, 652, met nt. C.J.H. Brunner (Halcion-arrest). Zie voor andere voorbeelden voorts L. Dommering-van Rongen, *Productaansprakelijkheid*, een rechtsvergelijkend overzicht, Deventer: Kluwer 2000, p.14.

92 Zie ook Rechtbank Utrecht 5 december 2012, L/JN BY7842.

93 Zie over de achtergrond van de tekst van artikel 6 Richtlijn nader L. Dommering-van Rongen, *Productenaansprakelijkheid* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1991, p. 153.

94 G.M.F. Snijders, *Productenrecht*, drie aspecten in Europees perspectief, Deventer: Kluwer 1990, p. 93.

95 Kamerstukken II 1985/86, 19636, nr. 3, p. 9 (MvT) en Kamerstukken II 1987/88, 19636, nr. 6, p. 22 (MvA). Zie ook L. Dommering-van Rongen, *Productenaansprakelijkheid* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1991, p. 154 en L. Dommering-van Rongen, *Productaansprakelijkheid*, een rechtsvergelijkend overzicht, Deventer: Kluwer 2000, p. 43.

96 L. Dommering-van Rongen, *Productenaansprakelijkheid* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1991, p. 156. Zie voorts L. Dommering-van Rongen, *Productaansprakelijkheid*, een rechtsvergelijkend overzicht, Deventer: Kluwer 2000, p. 43.

97 Kamerstukken II 1987/88, 19636, nr. 6, p. 22 (MvA). Zie ook Gerechtshof Arnhem 14 oktober 2003, L/JN AM2330 (verwachting met betrekking tot ventilator).

bij een geneesmiddel dat alleen op recept verkrijgbaar is, dan dient de norm te worden afgestemd op de doelgroep ‘de redelijk handelende en redelijk denkende arts’.⁹⁸

Zie voor een voorbeeld waarin de verwachting van het grote publiek werd benadrukt een oordeel daaromtrent van de Rechtbank Amsterdam. In de casus stond de gebrekkigheid van een bloedproduct centraal. De patiënt in kwestie stelde dat bij de beoordeling of het onderhavige bloedproduct de veiligheid bood die men daarvan mag verwachten, de verwachting van het grote publiek dienaangaande voorop stond. De patiënt stelde voorts dat het grote publiek er vanuit mocht gaan dat zolang er bloedtransfusies in Nederland plaatsvinden het bloed 100% HIV veilig is. De patiënt betoogde verder dat het grote publiek niet geacht kon worden bekend te zijn met wetenschappelijke omstandigheden waaruit de onveiligheid van het bloedproduct kon worden afgeleid. De bloedvoorzieningsorganisatie stichting Sanquin betwistte dat het onderhavige bloedproduct gebrekkig was in de zin van artikel 6:186 BW. De Rechtbank overwoog als volgt: ‘Anders dan de stichting meent, gaat het bij de beoordeling van de vraag of het onderhavige bloedproduct gebrekkig is om de mate van veiligheid die het grote publiek van bloedproducten mag verwachten. Met [de patiënt] is de rechtbank van oordeel dat het grote publiek, mede gelet op het vitale belang van bloedproducten en op het feit dat hiervoor in beginsel geen alternatief bestaat, zal en mag verwachten dat bloedproducten in Nederland sinds enige tijd 100% HIV vrij zijn. Het feit dat bij een bloedtransfusie een zeer geringe kans bestaat dat HIV wordt overgedragen – de stichting stelt deze kans op minder dan 1 op een miljoen – is naar het oordeel van de rechtbank niet van algemene bekendheid (...)’.⁹⁹

Artikel 6:186, eerste lid, BW biedt een ruime marge voor de beoordeling van de gebrekkigheid van een product.¹⁰⁰ In het eerste lid is namelijk tevens bepaald dat bij de beoordeling van de te verwachten veiligheid alle omstandigheden in aanmerking moeten worden genomen. In jurisprudentie en literatuur worden als belangrijkste factoren genoemd: het ontwerp, de samenstelling en de constructie; het nut/de voordelen van het product, mede afgezet tegen de nadelen; de kans dat er schade ontstaat; de ernst van de schade; de beschikbaarheid en haalbaarheid van een veiliger product; de kenbaarheid van het gevaar

98 HR 30 juni 1989, NJ 1999, 652, met nt. C.J.H. Brunner (Halcion-arrest): informatiefolder gericht aan de artsen. Zie ook L. Dommering-van Rongen, *Produktenaansprakelijkheid* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1991, p. 156 en 170.

99 Rechtbank Amsterdam 3 februari 1999, NJ 1999, 621, rov. 5.

100 Kamerstukken II 1985/86, 19636, nr. 3, p. 9 (MvT). Zie ook G.M.F. Snijders, *Produktenrecht, drie aspecten in Europees perspectief*, Deventer: Kluwer 1990, p. 93.

bij de gebruiker; de prijs van het product en de aard van het product.¹⁰¹ In zowel artikel 6 Richtlijn als artikel 6:186, eerste lid, BW worden voorts expliciet drie omstandigheden genoemd: (a) de presentatie van het product; (b) het redelijkerwijs te verwachten gebruik van het product en (c) het tijdstip waarop het product in het verkeer werd gebracht. Gelet op het feit dat het gaat om de verwachting van het grote publiek valt onder ‘alle omstandigheden’ niet het feitelijk gebruik door een individuele gebruiker.

Zie voor een voorbeeld van een zaak waarin het gebruik door een individuele gebruiker niet als bepalende factor werd aangemerkt het arrest van het Gerechtshof Amsterdam betreffende het mogelijk gebrekkige medicijn Vioxx. Het gerechtshof overwoog als volgt: ‘Naar luid van art. 6:186, eerste lid BW is een produkt gebrekkig indien het niet de veiligheid biedt die men daarvan mag verwachten, alle omstandigheden in aanmerking genomen en in het bijzonder a. de presentatie van het produkt; b. het redelijkerwijs te verwachten gebruik van het produkt; c. het tijdstip waarop het produkt in het verkeer werd gebracht. 3.7 Deze bepaling strekt tot implementatie in het Nederlandse recht van Richtlijn 85/374/EEG (...), en is vrijwel gelijkkluidend aan art. 6 van deze Richtlijn. In de considerans van de Richtlijn (...) is onder meer overwogen: “dat bij de beantwoording van de vraag of een produkt een gebrek vertoont, ter bescherming van de fysieke integriteit en de goederen van de consument, niet de ongeschiktheid van het produkt voor het gebruik maatstaf moet zijn, doch het gebrek aan veiligheid die het grote publiek gerechtigd is te verwachten; bij de beoordeling van deze veiligheid wordt elk in de gegeven omstandigheden onredelijk misbruik van het produkt uitgesloten.” 3.8 Deze overweging en de daarmee corresponderende inhoud van art. 6 van de Richtlijn, respectievelijk van art. 6:186, eerste lid BW, maken aanstonds duidelijk dat de eventuele gebrekkigheid van een produkt moet worden afgemeten aan de verwachting van de veiligheid van het produkt, terwijl die verwachting wordt bepaald door de omstandigheden (waarvan er drie met name zijn genoemd) waaronder het produkt in het verkeer is gebracht. Dit dwingt tot de gevolgtrekking dat met de woorden “alle omstandigheden” in de aanhef van art. 6, eerste lid Richtlijn 85/374/EEG, onderscheidenlijk in de aanhef van art. 6:186, eerste lid BW, niet kan zijn bedoeld op het feitelijk gebruik door een individuele gebruiker.’¹⁰²

101 Zie onder meer HR 30 juni 1989, *NJ* 1990, 652, met nt. C.J.H. Brunner (Halcion-arrest); Gerechtshof Arnhem 14 oktober 2003, *LJN* AM2330; Rechtbank Arnhem 25 juni 2008, *LJN* BD6338 (Medicijn Tegretol). Zie voorts G.M.F. Snijders, *Productenrecht, drie aspecten in Europees perspectief*, Deventer: Kluwer 1990, p. 93; L. Dommering-van Rongen, *Productaansprakelijkheid, een rechtsvergelijkend overzicht*, Deventer: Kluwer 2000, p. 45 en A. M. L. Broekhuijsen-Molenaar, *Civielrechtelijke aspecten van kunstmatige inseminatie en draagmoederschap* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1991, p. 126.

102 Gerechtshof Amsterdam 11 januari 2011, *LJN* BP3548.

Het gewicht dat aan de verschillende factoren moet worden toegekend, verschilt van geval tot geval. Het tijdstip van het in het verkeer brengen van het product evenals het te verwachten gebruik van het product zullen doorslaggevend zijn, terwijl bijvoorbeeld de kans op schade en de ernst van de gevolgen factoren zijn die een zekere weging vereisen.¹⁰³

5.4.3.2 Een uitwerking van de factoren die de gebrekkigheid bepalen¹⁰⁴

I het ontwerp, de samenstelling en de constructie

Bepalend voor een antwoord op de vraag of het product voldoet aan de veiligheidseisen die men mag verwachten, is ten eerste de deugdelijkheid van het ontwerp van het product en de deugdelijkheid van de samenstelling/constructie van het product.¹⁰⁵ Wanneer een medisch product schade heeft veroorzaakt en de producent bij het ontwerpen van het product had behoren te voorzien dat de desbetreffende schade zich kon voordoen, de patiënt niet op schade bedacht hoefde te zijn en een ander ontwerp de schade had kunnen voorkomen, dan leidt dit tot de conclusie dat het product gebrekkig is.¹⁰⁶

Doorgaans worden van overheidswege eisen gesteld aan het ontwerp en de constructie van medische producten, zulks mede gezien de gezondheidsbelangen die met medische producten gemoeid zijn. Een voorbeeld betreft de Wet medische hulpmiddelen (Wmh) en het Besluit medische hulpmiddelen (Bmh),¹⁰⁷ die een uitwerking zijn van Richtlijn 93/42/EEG betreffende medische hulpmiddelen (Richtlijn medische hulpmiddelen).¹⁰⁸ De Richtlijn medische hulpmiddelen heeft tot doel essentiële eisen aan het ontwerpen, de fabricage en het verpakken van medische hulpmiddelen te stellen, zulks ter beperking van risico's voor de gezondheid van de patiënt. Deze eisen moeten worden nageleefd door de fabrikant of de EU-importeur.¹⁰⁹ Controle vindt plaats door middel van een zogeheten 'conformiteitsbeoordeling'. Hoofdzakelijk ten behoeve van de conformiteitbeoordelingsprocedures zijn medische hulpmiddelen in vier klassen van producten ingedeeld. Bij de

103 L. Dommering-van Rongen, *Productaansprakelijkheid, een rechtsvergelijkend overzicht*, Deventer: Kluwer 2000, p. 45.

104 Zie voor een bespreking ook K.J.O. Jansen, *Informatieplichten – Over kennis en verantwoordelijkheid in contractenrecht en buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2012, p. 478-480.

105 G.M.F. Snijders, *Productenrecht, drie aspecten in Europees perspectief*, Deventer: Kluwer 1990, p. 93.

106 G.M.F. Snijders, *Productenrecht, drie aspecten in Europees perspectief*, Deventer: Kluwer 1990, p. 93. Zie voor een niet-medisch voorbeeld Gerechtshof Arnhem 14 oktober 2003, *L/N* AM2330 (gebrekkige ventilator door scherpe randen).

107 Wet van 15 januari 1970, Stb. 1970, 53 en Besluit van 30 maart 1995, Stb. 1995, 243. Zie voor een overzicht van regelgeving ook B. Sluijters, 'wetgeving medische hulpmiddelen: een stand van zaken', *TvGr* 2001, nr. 2.

108 Richtlijn 93/42/EEG van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 14 juni 1993 betreffende medische hulpmiddelen, PbEG L/1993/169/1 van 12 juli 1993, gewijzigd bij Richtlijn 2007/47/EG, PbEU L 247/21 van 21 september 2007. Zie ook hoofdstuk 4, par. 4.2.1.4.

109 Zie voor de eisen artikel 7 Bmh juncto bijlage I van Richtlijn 93/42/EEG.

regels voor de classificatie is de kwetsbaarheid van het menselijk lichaam, rekening houdend met de potentiële risico's in verband met het technologisch ontwerp en de fabricage van de hulpmiddelen, betrokken.

Incontinentiemateriaal bijvoorbeeld is een klasse I hulpmiddel. Een borstprothese is een klasse III hulpmiddel.¹¹⁰ Ook volledige heup-, knie- en schouderprothesen zijn medische hulpmiddelen als bedoeld in klasse III.¹¹¹ Andere volledige prothesen zijn ingedeeld in klasse IIb.¹¹²

De conformiteitbeoordelingsprocedures voor de hulpmiddelen van klasse I kunnen in het algemeen worden uitgevoerd onder de uitsluitende verantwoordelijkheid van de fabrikanten, gezien de geringe mate van kwetsbaarheid die deze producten met zich brengen. Fabrikanten die in Nederland een medisch hulpmiddel klasse I (geen meetfunctie, niet steriel) op de markt willen brengen, dienen het hulpmiddel te melden bij het CIBG.¹¹³ Voor de hulpmiddelen van klassen IIa, IIb en III is bemoeienis van een aangemelde instantie in het stadium van de fabricage verplicht, zo volgt uit artikel 9, tweede en derde lid, Bmh in samenhang gelezen met bijlagen II, III, IV, V en VI Richtlijn medische hulpmiddelen.¹¹⁴ Om te bepalen of medische hulpmiddelen aan de eisen voldoen, moet de fabrikant van klasse III producten een procedure volgen die leidt tot een EG-verklaring van overeenstemming (volledig kwaliteitsborgingsysteem, bijlage II) of een EG-type onderzoek door de aangemelde instantie te ondergaan (bijlage III), zulks in combinatie met een procedure van EG-keuring (bijlage IV), een procedure van EG-verklaring inzake productie kwaliteitsborging (bijlage V) of een procedure van productkwaliteitsborging (alleen IIa producten, bijlage IV). Klasse III hulpmiddelen moeten aan strengere eisen voldoen dan de klasse II producten: klasse II producten kennen bijvoorbeeld niet het vereiste om bij de aangemelde instantie een aanvraag in te dienen voor een onderzoek van het dossier met betrekking tot het ontwerp van het product. De medische producten krijgen vervolgens een CE-markering als bedoeld

110 Richtlijn 2003/12/EG van de Commissie van 3 februari 2003 betreffende de herclassificatie van borstimplantaten in het kader van Richtlijn 93/42/EEG betreffende medische hulpmiddelen, PbEG L 28/43 van 4 februari 2003 en art. 8 Bmh.

111 Richtlijn 2005/50/EG betreffende de herindeling van heup, knie- en schouderprothesen, PbEG L201/41 van 12 augustus 2005. Zie ook artikel 8 Bmh.

112 Richtlijn 2005/50/EG betreffende de herindeling van heup, knie- en schouderprothesen, PbEG L201/41 van 12 augustus 2005. Zie ook artikel 8 Bmh.

113 Het CIBG (voorheen Centraal Informatiepunt Beroepen Gezondheidszorg, maar thans is de afkorting de naam) is een uitvoeringsorganisatie van het Nederlandse Ministerie van VWS. Zie voor informatie <www.cibg.nl>.

114 Een aangemelde instantie wordt ook genoemd een 'Notified Body', in Nederland is dat DEKRA Certification BV. Zie de lijst met notified body's op <www.ec.europa.eu>. zie voor de taken van de aangemelde instantie artikel 9b Bmh. Zie voor de aanwijzing van de instantie artikel 11 Bmh.

in artikel 7 Bmh.¹¹⁵ Een CE-markering zonder nummeraanduiding betekent dat de fabrikant, na te hebben voldaan aan de wettelijke voorschriften en na daartoe de EG-verklaring van overeenstemming voor het product te hebben opgesteld, op eigen gezag de CE-markering aanbrengt.¹¹⁶ Een CE-markering met een nummeraanduiding betekent dat de aangewezen instantie het product heeft gecertificeerd, wat het geval is bij klasse III producten.¹¹⁷ Met de CE-markering zijn de medische hulpmiddelen vrij verhandelbaar in de Europese Economische Ruimte (EER).¹¹⁸ Voor zowel de klasse II als klasse III producten geldt dat de fabrikant zich tevens verplicht om een systematische procedure op te zetten en bij te houden aan de hand waarvan de na het productiestadium met de hulpmiddelen opgedane ervaring wordt onderzocht, alsook passende maatregelen te treffen ten einde de nodige verbeteringen aan te brengen. Deze verbintenis omvat de verplichting van de fabrikant om, zodra hij er kennis van heeft gekregen, de bevoegde autoriteiten onverwijld op de hoogte te brengen van elke slechte werking of aantasting van de kenmerken en/of prestaties van een hulpmiddel alsmede elke ontoereikendheid van de etikettering of van de gebruiksaanwijzing die de dood of een ernstige achteruitgang van de gezondheidstoestand van een patiënt of een gebruiker kan of heeft kunnen teweegbrengen en elke technische of medische reden in verband met de kenmerken of de prestaties van een hulpmiddel die, als gevolg van de in punt i) genoemde omstandigheden, ertoe heeft geleid dat de fabrikant systematisch hulpmiddelen van hetzelfde type uit de handel heeft genomen, zo blijkt uit artikel 10 Richtlijn en de bijlagen II tot en met VI Richtlijn medische hulpmiddelen. Dit wordt ook ‘*post marketing surveillance*’ genoemd. Voor actieve implantaten geldt min of meer hetzelfde. Ingevolge Richtlijn 90/385 EEG betreffende de onderlinge aanpassing van de wetgevingen van de lidstaten inzake actieve implanteerbare medische hulpmiddelen (Richtlijn actieve implantaten) dient ook een actief medisch implantaat,¹¹⁹ zoals een defibrillator of een pacemaker, aan essentiële eisen te voldoen.¹²⁰ De Richtlijn actieve implantaten is uitgewerkt in de Wmh en het Besluit actieve implantaten.¹²¹ Ingevolge het Besluit actieve implantaten is de fabrikant of importeur ervoor verantwoordelijk dat het actieve implantaat aan de eisen voldoet. Vervolgens krijgen de implantaten een CE-markering, aldus artikel 4 Besluit

115 Zie voor de procedure ook Brief van de Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport aan de Tweede Kamer gedateerd 27 maart 2012 met kenmerk GMT-3110284.

116 Zo volgt uit artikel 9, vijfde lid, Bmh.

117 Zie ook Code Publieksreclame medische (zelfzorg)hulpmiddelen, versie 2011, p. 1.

118 Zie voor een samenvatting onder meer de informatie Agentschap NL Ministerie van Economische zaken Landbouw en Innovatie.

119 Zie voor de definitie artikel 1 van het Besluit van 5 juli 1993, houdende regels met betrekking tot het in de handel brengen van actieve implantaten, Stb. 1993, 385.

120 PbEG L 189 van 20 juli 1990, gewijzigd bij Richtlijn 2007/47/EG, PbEU L 247/21 van 21 september 2007.

121 Besluit van 5 juli 1993, houdende regels met betrekking tot het in de handel brengen van actieve implantaten, Stb. 1993, 385.

actieve implantaten, waarmee ook deze medische producten vrij verhandelbaar zijn in de gehele EER.¹²²

Voor geneesmiddelen geldt afzonderlijke regelgeving neergelegd in Richtlijn 2001/83/EG tot vaststelling van een communautair wetboek betreffende geneesmiddelen voor menselijk gebruik,¹²³ uitgewerkt in de Geneesmiddelenwet (Gmw),¹²⁴ het Besluit Geneesmiddelenwet,¹²⁵ en de Regeling Geneesmiddelenwet.¹²⁶ Voordat een geneesmiddel in Nederland in de handel mag worden gebracht, moet het geneesmiddel een handelsvergunning verkrijgen van het College ter Beoordeling van Geneesmiddelen (CBG), aldus artikel 21 Gmw.¹²⁷ Het CBG beoordeelt daartoe of de voordelen van het gebruik van een geneesmiddel opwegen tegen de nadelen.¹²⁸ De fabrikant dient er ingevolge artikel 27 Gmw voor zorg te dragen dat het geneesmiddel voldoet aan de eisen, zoals geformuleerd in de Regeling Geneesmiddelenwet en welke een uitwerking behelzen van Richtlijn 2001/83/EG. Het CBG is belast met de bewaking van geneesmiddelen en dient daarvoor medewerking verleend te krijgen van de fabrikant. De wijze van bewaken is geregeld in hoofdstuk 8 Gmw.

Naleving van (voornoemde) regelgeving of overheidsvoorschriften ten aanzien van het ontwerp of de constructie, wat gepaard kan gaan met een toelating of een vergunning om het product in de handel te brengen, betekent desalniettemin niet dat het product niet gebrekkig kan zijn. Andersom leidt ook het niet naleven van deze regelgeving niet reeds tot het oordeel dat het product gebrekkig is, hoewel dit wel een eerste aanwijzing kan zijn.¹²⁹ Algemeen wordt aangenomen dat de voorschriften als bedoeld in voormelde regelgeving slechts minimumvoorschriften zijn en geen vereisten bevatten waaruit een absolute veiligheidsgarantie kan worden afgeleid.¹³⁰ Ook de CE-markering betekent niet

122 Zie voor een samenvatting onder meer de informatie Agentschap NL Ministerie van Economische zaken Landbouw en Innovatie.

123 PbEG L 311 van 28 november 2001, gewijzigd bij Richtlijn 2010/84/EU, PbEU L348 van 31 december 2010 en Richtlijn 2011/62/EG, PbEG L174 van 8 juni 2011.

124 Wet van 8 februari 2007, Stb. 2007, 93, gewijzigd bij Wet van 20 december 2012, Stb. 2013, 21. Zie voor de definitie van geneesmiddel artikel 1, aanhef en onder b, Gmw. Zie voorts HR 8 maart 2002, NJ 2003, 706, met nt. G.R.J. de Groot; HR 24 maart 2006, NJ 2009, 485, met nt. M.R. Mok; HR 22 september 2006, LJN AX1576; Gerechtshof Arnhem 23 september 2008, LJN BF3594; Gerecht in Eerste Aanleg Curaçao 15 januari 1973, NJ 1973, 314 en Rechtbank Haarlem 27 maart 2009, LJN BH8658. Zie voor de systematiek van de Gmw uitvoering H.J.J. Leenen, J.C.J. Dute, W.R. Kastelein, Handboek gezondheidsrecht, Deel II, Houten: Bohn Stafleu van Loghum, vijfde geheel herziene druk, 2008, paragraaf 3.3 van hoofdstuk 3.

125 Besluit van 19 maart 2007, Stb. 2007, 128.

126 Regeling van de Minister van VWS van 25 juni 2007, nr. GMT/MVG 2780607, houdende uitvoering van bepalingen van de Geneesmiddelenwet.

127 Zie ook artikel 6 Richtlijn 2001/83/EG.

128 Zie voor de procedure <www.cbg-meb.nl>.

129 G.M.F. Snijders, Productenrecht, drie aspecten in Europees perspectief, Deventer: Kluwer 1990, p. 93.

130 HR 30 juni 1989, NJ 1990, 652, met nt. C.J.H. Brunner (Halcion-arrest). Zie ook L. Dommering-van Rongen, Productaansprakelijkheid, een rechtsvergelijkend overzicht, Deventer: Kluwer 2000, p. 64 en G.M.F. G.M.F.

meer dan dat aan enkele basiseisen is voldaan – klinisch onderzoek is bijvoorbeeld niet verplicht¹³¹ – en vrijwaart de producent niet van aansprakelijkheid. De conformiteitsbeoordelingsprocedure voorkomt (dus) niet dat er medische producten op de markt komen met een CE-markering, terwijl zij niet aan de te verwachten eisen voldoen. Terzijde wordt opgemerkt dat het gevolg hiervan is dat (soms op grote schaal) schade wordt veroorzaakt door een gebrek in een goedgekeurd medisch hulpmiddel.

Voor een voorbeeld van een product dat ondanks een CE-markering niet bleek te voldoen aan de eisen wordt gewezen op de borstprothesen van fabrikant Poly Implant Prothèse. De prothesen kwamen in 2010, 2011 en 2012 in opspraak, omdat het mogelijk was gebleken dat de fabrikant borstprothesen op de markt bracht die van mechanisch zwakker materiaal waren gemaakt en gevuld werden met afgekeurde industriële siliconen.¹³² Artsen in Nederland en daarbuiten maakten op grote schaal gebruik van de prothesen, waardoor duizenden vrouwen gedupeerd raakten. Een ander voorbeeld betreft de kunstheupen afkomstig van fabrikant DePuy.¹³³ De kunstheupen waren toegelaten en hadden een conformiteitsbeoordeling ondergaan. Bij onderzoek van enkele patiënten bleek van een te hoge concentratie chroom en kobalt in hun bloed. Eind augustus 2011 adviseerde fabrikant DePuy alle patiënten om zich te melden bij hun orthopedisch chirurg voor nader onderzoek.¹³⁴ Zo het onderzoek afwijkingen liet zien, werd de desbetreffende patiënt geadviseerd om de kunstheup te laten vervangen. Voorts bleek van problemen met bij patiënten, teneinde de bekkenbodem te verstevigen, ingebrachte kunststofmatjes met CE-markering. De matjes bleken te kunnen krimpen en konden ingroei van het matje in of door de vaginawand, pijn, infectie, bloedingen, en incontinentie veroorzaken. De problemen konden leiden tot ziekenhuisopname om het matje te verwijderen.¹³⁵ Tot slot werd begin 2012 gewag gemaakt van het mogelijk disfunctioneren van endocardiale

Snijders, *Productenrecht: drie aspecten in Europees perspectief*, Deventer: Kluwer 1990, hoofdstuk 2. Zie voorts de Brief van de Minister van VWS aan de Tweede Kamer, gedateerd 27 maart 2012 met kenmerk GMT-3110284.

131 Zie hierover de Brief van de Minister van VWS aan de Tweede Kamer, gedateerd 27 maart 2012 met kenmerk GMT-3110284.

132 Zie de brieven van het Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé van 1 april 2010 en 14 april 2011, in te zien via de website <www.ansm.sante.fr>. Zie ook het persbericht 28 september 2010 van het Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé. Zie ook de informatie van de IGZ op haar website <www.igz.nl>.

133 Zie hierover ook C. van Weering en A. Collignon, 'Juridische consequenties van gebrekkige heupimplantaten', *PIV-Bulletin* mei 2012, p. 15-18.

134 Bericht 22 oktober 2010 in de Volkskrant.

135 Bericht 13 juli 2011 van de US Food and Drug Association 'Update on Serious Complications Associated with Transvaginal Placement of Surgical Mesh for Pelvic Organ Prolapse'.

defibrillatie-elektrodes, ook wel ICD-Leads genoemd, afkomstig van fabrikant St. Jude Medical.¹³⁶ Uit onderzoek naar teruggestuurde producten en klachten bleek dat de ICD-Leads verhoogde slijtage van het isolatiemateriaal van de elektrode vertoonden. Hierdoor kon het voor komen dat de ICD niet meer naar behoren functioneerde.¹³⁷ De patiënten werd geadviseerd zich voor nader onderzoek tot hun cardioloog te wenden. Bij gebleken disfunctie, moest de ICD-Lead worden verwijderd en worden vervangen door een nieuwe. Toch waren de ICD-Leads destijds beoordeeld en in orde bevonden.¹³⁸

Op Europees niveau is om redenen als deze een aanzet gegeven tot aanscherping van de regelgeving door voorbereidingen in gang te zetten ter wijziging van Richtlijn 93/42/EEG.¹³⁹ Voorts heeft EU-commissaris Dalli het initiatief genomen om reeds binnen de huidige regelgeving actie te ondernemen, welk initiatief wordt gesteund door het Ministerie van VWS.¹⁴⁰

Hoewel de procedure van registratie van geneesmiddelen door de continue bewaking van het CBG strenger is dan die van medische hulpmiddelen, geldt evenzeer dat het voldoen aan de regelgeving niet zonder meer impliceert dat een geneesmiddel niet gebrekkig kan zijn.

In het Halcion-arrest bijvoorbeeld oordeelde de Hoge Raad dat de stelling van fabrikant Upjohn dat de registratie van het geneesmiddel hem zou vrijwaren van geen steun vindt in de wet (Wet op de Geneesmiddelenvoorziening, thans vervallen), haar geschiedenis en ook niet strookt met haar strekking.¹⁴¹

136 Bericht IGZ 4 januari 2012.

137 Bericht IGZ 4 januari 2012.

138 Zie voor een bespreking van deze vier casus ook de Brief van de Minister van VWS aan de Tweede Kamer, gedateerd 27 maart 2012 met kenmerk GMT-3110284 en R.P. Wijne, 'Wie betaalt de schade van de patiënt in geval van een disfunctionerende prothese?', *TvGr* 2012, nr. 4, p. 297-311.

139 Zie de Ontwerpresolutie B7-0000/2012 gedateerd 7 maart 2012, RE\894917NL.doc. Zie voorts Brief van de Minister van VWS van 21 juli 2011 met bijgevoegde Beleidsagenda vervalste geneesmiddelen en medische hulpmiddelen. Ook IGZ nam een initiatief: gedurende de maand februari 2012 werd er een oproep gedaan om medische hulpmiddelen die niet aan de wettelijke vereisten voldoen, te melden.

140 Kamerstukken II 2011/12, 32805, nr. 7 (Brief van de Minister van VWS); Kamerstukken II 2011/12, 32805, nr. 8 (Brief van de Minister van VWS met bijlage) en Kamerstukken II 2011/12, 32805, nr. 17 (Verslag van een algemeen overleg). In dat kader is in opdracht van de Minister van VWS een onderzoek verricht naar DEKRA Certification BV, de Nederlandse notified body, zie Kamerstukken II 2012/13, 32805, nr. 21 (Brief van de Minister met bijlage). Zie voorts het initiatief tot de totstandbrenging van een 'implantaten basisregister' Kamerstukken II 2012/13, 32805, nr. 23 (Brief van de Minister van VWS).

141 HR 30 juni 1989, *NJ* 1990, 652, met nt. C.J.H. Brunner (Halcion-arrest), rov. 4.4.1. Zie ook Rechtbank Utrecht 5 december 2012, *LJN* BY7842, rov. 5.15.

Een en ander neemt overigens niet weg dat de producent wel aan aansprakelijkheid voor een ontwerp- of constructiegebrek in het product ontkomt, indien hij aantoont dat het gebrek een gevolg is van het feit dat het product in overeenstemming is met *dwingende* overheidsvoorschriften. Hierop wordt nader ingegaan bij de bespreking van de verweren van de producent.¹⁴²

II het nut van het product, mede afgezet tegen de nadelen, de ernst van het letsel, de frequentie van het optreden van nadelen en het bestaan van alternatieven

Mede bepalend voor de gebrekkigheid van een product zijn het nut van het product, mede afgezet tegen de nadelen, de ernst van het letsel, de frequentie van het optreden van nadelen en het bestaan van alternatieven. Indien de ernst van mogelijke schadelijke bijwerkingen en de kans op bijwerkingen door de ernst van de ziekte of kwaal die het product bedoelt te genezen of te bestrijden niet worden gerechtvaardigd – mede gelet op onder meer de effectiviteit van het product in het algemeen, de wijze van productinformatie en de effectiviteit en (potentiële) schadelijkheid van alternatieve producten – dan wordt het product als gebrekkig aangemerkt.¹⁴³

De Hoge Raad overwoog bijvoorbeeld ten aanzien van de factoren die hij van belang achtte voor de vraag of het slaapmiddel Halcion dat door fabrikant Upjohn in het verkeer was gebracht gebrekkig was als volgt: ‘De onderdelen 2, 4 en 5 bevatten klachten over de door het hof gehanteerde norm en monden uit in de volgende formulering van de norm die het hof had moeten toepassen: “Rechtens is een geneesmiddel, althans een geregistreerd geneesmiddel dat slechts op doktersrecept verkrijgbaar is als het onderhavige, gebrekkig – en kan het in de handel brengen daarvan in geval van verwijtbaarheid tot aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad jegens gebruikers/consumenten leiden – indien aard en ernst van mogelijke schadelijke bijwerkingen en de grootte van de kans daarop zodanig zijn dat deze door de ernst van de ziekte of kwaal die het middel bedoelt te genezen of bestrijden niet worden gerechtvaardigd, mede gelet op alle verdere omstandigheden, zoals de effectiviteit van het middel in het algemeen, de wijze van produktinformatie en de effectiviteit en (potentiële) schadelijkheid van substitueerbare middelen.” De klachten falen omdat het hof deze norm in feite heeft toegepast. Het hof heeft (...) geoordeeld dat een

¹⁴² Zie par. 5.5.

¹⁴³ HR 30 juni 1989, NJ 1990, 652, met nt. C.J.H. Brunner (Halcion-arrest). Zie ook in het kader van de duiding van een onrechtmatige daad: HR 5 november 1965, NJ 1966, 136, met nt. G.J. Scholten (Kelderluik-arrest). Zie voor een voorbeeld van een niet-medisch product Gerechtshof 's-Hertogenbosch 15 mei 2007, LJN BA6838. Zie voor een bespreking L. Dommering-van Rongen, *Produktenaansprakelijkheid* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1991, p. 150-152.

geneesmiddel gebrekkig is wanneer het niet de veiligheid biedt die de gebruiker/consument gerechtigd is te verwachten, alle omstandigheden in aanmerking genomen. Dit oordeel is juist. Bij de toepassing van deze maatstaf heeft het hof, dat (...) voorlopig is uitgegaan van de juistheid van de stelling dat gebruik van Halcion de ernstige bijverschijnselen teweeg kan brengen die het hof (...) opsomt, het risico daarvan afgewogen tegen het positieve effect van het middel, te weten het bestrijden van de (door het hof niet ernstig geachte) kwaal van slapeloosheid. Daarbij heeft het hof – zoals uit de verdere overwegingen van het arrest blijkt – alle omstandigheden die in de door de onderdelen bedoelde norm worden genoemd in aanmerking genomen: De door Upjohn gestelde geringe frequentie van die ernstige bijverschijnselen enerzijds (...), het bestaan van ongevaarlijke andere slaapmiddelen anderzijds (...), en de produktinformatie (...).¹⁴⁴

Zie voor dezelfde overwegingen ten aanzien van het geneesmiddel Tegretol, de Rechtbank Arnhem. De rechtbank overwoog dat bij de keuze een bepaald geneesmiddel op de markt te brengen of te gebruiken, de aard en ernst van de te behandelen aandoening dienden te worden afgewogen tegen de aard en ernst en frequentie van de mogelijke bijwerkingen en overige risico's.¹⁴⁵

Hoewel de rechtspraak op dit punt op het gebruik van geneesmiddelen ziet, zal hetzelfde gelden voor andere producten, zoals protheses. Het nadeel dat kan uitgaan van een zeer grote kans op het lekken van een borstprothese met als gevolg dat de siliconen in de bloedbaan van de patiënt terecht komen, zal mijns inziens niet opwegen tegen het voordeel dat de patiënt behaalt met een grotere cupmaat, zeker niet als er alternatieve protheses bestaan die een minder grote kans op lekken kennen.¹⁴⁶

III kenbaarheid van het gevaar dat van het product uitgaat

De kenbaarheid van het gevaar is eveneens een factor die een rol speelt bij de beoordeling van de gebrekkigheid van een product. Een algemene bekendheid dat een product wel eens

144 HR 30 juni 1989, NJ 1990, 652, met nt. C.J.H. Brunner (Halcion-arrest). Zie ook in het kader van de duiding van een onrechtmatige daad HR 5 november 1965, NJ 1966, 136, met nt. G.J. Scholten (Kelderluik-arrest). Zie voor een voorbeeld van een niet-medisch product Gerechtshof 's-Hertogenbosch 15 mei 2007, LJN BA6838. Zie voorts L. Dommering-van Rongen, *Produktaansprakelijkheid* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1991, p. 150-152.

145 Rechtbank Arnhem 25 juni 2008, LJN BD6338. Zie ook Rechtbank Utrecht 5 december 2012, LJN BY7842 (medicijn Permax).

146 Zie voor een voorbeeld de PIP-borstprothese en de brief over de kwaliteit van de prothese de brief van het Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé gedateerd 14 april 2011, in te zien via de website <www.ansm.sante.fr>.

schade kan veroorzaken, wordt onvoldoende geacht om gebrekkigheid uit te sluiten,¹⁴⁷ hoewel ten aanzien van geneesmiddelen (kennelijk) wel algemeen bekend mag worden verondersteld dat deze bijwerkingen kunnen hebben.¹⁴⁸ Toch betekent die kennis niet dat het geneesmiddel niet gebrekkig kan zijn. Voor de gebrekkigheid is bepalend of de specifieke bijwerking bekend was.

Dit blijkt opnieuw uit het Halcion-arrest. Door de rechtbank en het hof werd geoordeeld dat het een feit van algemene bekendheid is dat juist geneesmiddelen tot zekere hoogte (zeer) onaangename bijwerkingen kunnen hebben. Dit geldt met name ook voor slaapmiddelen. Van algemene bekendheid achtte de rechtbank voorts dat de vraag of, dan wel de mate waarin, zich bijwerkingen voordoen, afhankelijk kan zijn van de gesteldheid van de gebruikers, die individueel zeer verschillend kan zijn. Desalniettemin bleek die bekendheid er niet aan in de weg te staan dat beoordeeld diende te worden of Halcion gebrekkig was gezien de (ernstige, afwijkende) bijwerkingen die zich bij de patiënten in kwestie hadden geopenbaard.¹⁴⁹

IV *de prijs van het product*

Een andere factor van belang is de prijs van het product, zo wordt in de literatuur aangenomen.¹⁵⁰ Desalniettemin zal elk product, ongeacht welke prijs, een basisniveau aan veiligheid moeten bieden en kan de prijs dientengevolge alleen van invloed zijn op een extra veiligheidsverwachting.¹⁵¹ Overigens heeft de patiënt doorgaans geen invloed op de prijs en is hij voor de keuze van het product afhankelijk van de arts, die kwaliteit en prijs zal moeten meenemen in zijn beoordeling over het toe te passen product. Zoals eerder opgemerkt, is dit een omstandigheid die kan meewegen bij de vraag naar de aansprakelijkheid van de arts.¹⁵²

147 Zie voor deze mening L. Dommering-van Rongen, *Produktenaansprakelijkheid* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1991, p. 159-160 en L. Dommering-van Rongen, *Productaansprakelijkheid, een rechtsvergelijkend overzicht*, Deventer: Kluwer 2000, p. 46, waar ik mij bij aansluit.

148 Zie ook A.M.L. Broekhuijsen en C.J.J.M. Stolker, *Geneesmiddelen en aansprakelijkheid*, Serie Gezondheidsrecht, Deventer: Kluwer 1986, p. 27.

149 Rechtbank Arnhem 28 juni 1984 en Gerechtshof Arnhem 7 juli 1987, te kennen uit HR 30 juni 1989, *NJ* 1990, 652, met nt. C.J.H. Brunner (Halcion-arrest). Zie ook Rechtbank Arnhem 25 juni 2008, *LJN* BD6338.

150 L. Dommering-van Rongen, *Productaansprakelijkheid, een rechtsvergelijkend overzicht*, Deventer: Kluwer 2000, p. 46 met verwijzing naar literatuur.

151 Zie uitvoeriger L. Dommering-van Rongen, *Productaansprakelijkheid, een rechtsvergelijkend overzicht*, Deventer: Kluwer 2000, p. 46.

152 Zie hoofdstuk 4, par. 4.2.3.3. Zie ook R.P. Wijne, 'Wie betaalt de schade van de patiënt in geval van een disfunctionerende prothese?', *TvGr* 2012, nr. 4, p. 297-311.

V *de aard van het product*

Ook de aard van het product is een factor die een rol kan spelen bij de beoordeling van de gebrekkigheid van een product.¹⁵³ Opgemerkt wordt dat in de literatuur wel wordt aangenomen dat ten aanzien van bloedproducten of sperma een minder hoog veiligheidsniveau mag worden verwacht, vanwege de aan het product inherente onmogelijkheid om infecties of genetische afwijkingen door tests uit te sluiten.¹⁵⁴

VI *de presentatie van het product*

Het geadverteerde gebruik, de verpakking en de gebruiksaanwijzing van het product zijn mede bepalend voor een oordeel over de gebrekkigheid van een product. Tot de presentatie van het product behoren ook waarschuwingen in de vorm van een symbool of tekst. Door middel van de desbetreffende waarschuwing maakt de producent de patiënt of de arts erop attent dat aan het gebruik van het product een bepaald nadeel of zelfs gevaar verbonden is. Waarschuwingen en informatie kunnen een product veilig maken daar waar het zonder die informatie gebrekkig zou zijn geweest,¹⁵⁵ maar ook de verwachting van de patiënt beïnvloeden (denk vooral aan reclame).¹⁵⁶ Dit geldt eveneens voor de afwezigheid van bepaalde veiligheidsinformatie.¹⁵⁷

Zie voor een voorbeeld waarin het belang van de presentatie werd benadrukt de procedure in het incident ten aanzien van het geneesmiddel Vioxx. De rechtbank overwoog dat de informatie die producent Merck had verstrekt, hoe Merck haar product op de Nederlandse markt had gezet en welke veiligheids-waarschuwingen zij daarbij wel en niet had gegeven, onmiskenbaar van belang waren voor de vraag of Vioxx een gebrekkig product is.¹⁵⁸

Regelgeving op het gebied van de presentatie is te vinden in de Wmh en de Gmw. In de Wmh bijvoorbeeld is het aanprijzen van een medisch hulpmiddel, terwijl de producent weet of redelijkerwijs moet vermoeden, dat de aangeprezen geschiktheid ontbreekt of de werkelijke geschiktheid in ernstige mate bij het aangeprezene achterblijft, strafbaar is

¹⁵³ Zie voor een voorbeeld Gerechtshof Arnhem 14 oktober 2003, *LJN* AM2330.

¹⁵⁴ A.M.L. Broekhuijsen-Molenaar, *Civielrechtelijke aspecten van kunstmatige inseminatie en draagmoederschap* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1991, p. 126.

¹⁵⁵ Kamerstukken II 1985/86, 19636, nr. 3, p. 9 (MvT).

¹⁵⁶ Zie bijvoorbeeld HR 25 maart 1966, *NJ* 1966, 379, met nt. G.J. Scholten (Moffenkit). Zie over reclame L. Dommering-van Rongen, *Produktaansprakelijkheid* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1991, p. 173-177 en L. Dommering-van Rongen, *Productaansprakelijkheid, een rechtsvergelijkend overzicht*, Deventer: Kluwer 2000, p. 54.

¹⁵⁷ Zie bijvoorbeeld HR 30 juni 1989, *NJ* 1990, 652, met nt. C.J.H. Brunner (Halcion-arrest).

¹⁵⁸ Rechtbank Haarlem 11 november 2009, *LJN* BK3267. Van deze uitspraak is hoger beroep ingesteld, zie Gerechtshof Amsterdam 11 januari 2011, *LJN* BP3548.

gesteld.¹⁵⁹ Ook de meeste bepalingen in de Gmw bevatten een verbod op een bepaalde vorm van reclame, zoals het verbod in artikel 88, aanhef en onder b, Gmw op publieksreclame dat door zijn formuleringen of afbeeldingen de indruk wekt dat het geneesmiddel geen bijwerkingen kent of dat de werking beter is dan of gelijk is aan de werking van een ander geneesmiddel dan wel een andere geneeskundige behandeling, neergelegd in artikel 88, aanhef en onder b, Gmw. Wat gedetailleerder over de wijze van presenteren zijn de verschillende gedragscodes die tot stand zijn gekomen op initiatief van de geneesmiddelen en hulpmiddelenbranche. Reclame voor geneesmiddelen is neergelegd in de Gedragscode Geneesmiddelenreclame.¹⁶⁰ De Stichting Code Geneesmiddelenreclame (CGR) houdt toezicht op de naleving van de Gedragscode Geneesmiddelenreclame. Zij werkt op dat punt samen met de Inspectie voor de Gezondheidszorg (IGZ) en de Keuringsraad Openlijke Aanprijzing Geneesmiddelen (KOAG), alsmede met de Keuringsraad Aanprijzing Gezondheidsproducten (KAG). Onderdeel van de Gedragscode Geneesmiddelenreclame is de Code voor Publieksreclame voor geneesmiddelen. Publieksreclame voor geneesmiddelen wordt door de Keuringsraad KOAG/KAG aan de Code voor de Publieksreclame voor Geneesmiddelen getoetst.¹⁶¹ Reclame voor medische hulpmiddelen is neergelegd in de op 1 januari 2012 in werking getreden Gedragscode Medische Hulpmiddelen. Op de naleving van de Gedragscode Medische Hulpmiddelen wordt toezicht gehouden door een onafhankelijke Codecommissie en Commissie van Beroep.¹⁶² Net zoals werd opgemerkt ten aanzien van het ontwerp en de constructie, brengt het enkele naleven van regelgeving op het gebied van de presentatie – waaronder regelgeving ten aanzien van de wijze van waarschuwen over een mogelijke (neven)werking – en het feit dat het product is gecontroleerd door bevoegde autoriteiten echter niet aanstonds met zich dat de presentatie niet gebrekkig kan zijn en de producent niet aansprakelijk. Een oordeel daarover hangt af van de specifieke aspecten die door de regelgeving worden bestreken of van bijvoorbeeld de gedetailleerdheid van die regelgeving als het gaat om de inhoud van een waarschuwing.¹⁶³

159 Artikel 13 Wmh. Zie hierover ook M.E. de Bruin en M.D.B. Schutjens, 'Gunstbetoon en medische hulpmiddelen', *TvGr* 2012, nr. 4, p. 280-296.

160 De Gedragscode Geneesmiddelenreclame van 25 januari 2012 is te downloaden via de website van de CGR <www.cgr.nl>.

161 Zie de website van de KOAG en de KAG <www.koagkag.nl>.

162 De Gedragscode Medische Hulpmiddelen is een bijlage bij de Kamerbrief van 1 maart 2012 van de Minister van VWS met kenmerk GMT/3105526. De Gedragscode zelf is te downloaden via de website <www.rijks-overheid.nl>. De Gedragscode Medisch Hulpmiddelen is het resultaat van zelfregulering, gestimuleerd door de Minister van VWS naar aanleiding van geluiden over banden tussen orthopeden en hulpmiddelenindustrie, zie beantwoording van de Minister van VWS van de vragen van het Kamerlid Leijten, in haar brief van 8 maart 2011 met kenmerk GMT-U-3050223. Zie over de Gedragscode Medische Hulpmiddelen ook uitgebreid M.E. de Bruin en M.D.B. Schutjes, 'Gunstbetoon en medische hulpmiddelen', *TvGr* 2012, nr. 4, p. 280-296.

163 G.M.F. Snijders, *Productenrecht: drie aspecten in Europees perspectief*, Deventer: Kluwer 1990, p. 94-95. Zie voorts voor de regelgeving eveneens G.M.F. Snijders, *Productenrecht: drie aspecten in Europees perspec-*

Zie voor een voorbeeld het arrest van het Gerechtshof Amsterdam inzake het gebruik van het medicijn Vioxx. Het hof benadrukte dat het feit dat Vioxx onderzocht was door de geneesmiddelenautoriteiten, ook wat de waarschuwplicht betreft, niet afdeed aan de mogelijkheid dat de producent aansprakelijk was wegens gebrekkigheid van het product.¹⁶⁴

Zie voor een al wat ouder voorbeeld het Gerechtshof Arnhem in de Halcion-zaak. Het hof moest beoordelen of producent Upjohn voldoende had gewaarschuwd voor mogelijke schadelijke bijwerkingen van het slaapmiddel Halcion, hetgeen de patiënten stelden doch Upjohn betwistte. Daarbij nam het hof de informatie zoals kenbaar uit de bijsluiter en de informatiefolder aan de artsen in aanmerking. Het hof overwoog dat het opviel dat in de informatiefolder zeer uitvoerig was ingegaan op de goede eigenschappen van Halcion, maar dat weinig werd vermeld over de verantwoorde periode van gebruik en over bijwerkingen. Zou het causaal verband met de schade van de patiënten worden aangetoond, dan moest worden geoordeeld dat onvoldoende was gewaarschuwd voor de bijwerkingen van het slaapmiddel, aldus het hof. Upjohn diende er rekening mee te houden dat artsen door onbekendheid met de specifieke risico's van het middel voorzorgsmaatregelen achterwege zouden laten en dat patiënten de bijverschijnselen niet zouden herkennen en mitsdien hun arts niet op de hoogte zouden stellen. Daar deed volgens het hof niet aan af dat tegen de introductiefolder en de bijsluiter door de Commissie voor de beoordeling van geneesmiddelen geen bezwaren waren gemaakt. Evenmin deed daaraan af dat Upjohn de in Nederland geldende praktijk zou hebben gevolgd, nu de producent een eigen verantwoordelijkheid draagt. In cassatie hielden de overwegingen van het hof stand.¹⁶⁵

De waarschuwplicht en informatieplicht vereisen een nadere beschouwing over de vraag wie moet worden gewaarschuwd of ingelicht, in welke gevallen moet worden gewaarschuwd of een inlichting moet worden gegeven, hoe moet worden gewaarschuwd of geïnformeerd en waartegen moet worden gewaarschuwd.¹⁶⁶

tief, Deventer: Kluwer 1990, hoofdstuk 2. Zie ook L. Dommering-van Rongen, *Productaansprakelijkheid*, een rechtsvergelijkend overzicht, Deventer: Kluwer 2000, p. 63-68.

164 Gerechtshof Amsterdam 11 januari 2011, *LJN* BP3548, rov. 3.22.

165 Gerechtshof Arnhem 7 juli 1987, *TvC* 1987, 272. Zie voor cassatie HR 30 juni 1989, *NJ* 1999, 652, met nt. C.J.H. Brunner (Halcion-arrest).

166 Zie voor gelijke vragen S.B. Pape, 'De betekenis van het Jetblast-arrest voor de waarschuwing in het productaansprakelijkheidsrecht', *NTBR* 2006, 56, p. 374-382.

Ten aanzien van de vraag *wie* moeten worden gewaarschuwd, geldt dat de waarschuwing ‘de doelgroep’ moet bereiken. Verder moet de producent niet alleen rekening houden met de doelgroep, maar tevens met gebruikers voor wie het product niet bestemd is, doch waarvan het voorzienbaar is dat deze het zullen gebruiken. De producent dient de inhoud en omvang van zijn instructie over het gebruik van het product vervolgens af te stemmen op de minst geïnformeerde en daardoor meest gevaar lopende gebruikersgroep.¹⁶⁷ Dit betekent dat in het geval de doelgroep ‘de patiënt’ betreft, de informatie of waarschuwing op de patiënt moet zijn afgestemd. Is de doelgroep ‘de arts’, dan moet de arts worden geïnformeerd.¹⁶⁸

Uit het arrest in het incident dat betrekking had op het gebruik van het medicijn Vioxx kan bijvoorbeeld worden afgeleid dat de productinformatie was gericht op de voorschrijvende artsen.¹⁶⁹

Desalniettemin wordt aangenomen dat naar mate de patiënt meer participeert in het gebruik van het geneesmiddel of ander medisch product ook de patiënt moet worden geïnformeerd.¹⁷⁰

Als voorbeeld geldt het gebruik van anticonceptiemiddelen. Uit de zaken die zich voor de Rechtbank 's-Hertogenbosch afspeelden rondom de uitblijvende werking van het anticonceptiemiddel Implanon, waarvoor producent Organon door een aantal patiënten aansprakelijk werd gehouden, kan worden afgeleid dat zowel de arts als de patiënt moesten worden voorzien van een bijsluiter met informatie. De bijsluiter die gericht was aan de arts bevatte de instructies voor het inbrengen van het staafje met daarin het anticonceptiemiddel. De bijsluiter voor de vrouw bevatte de informatie over de werking.¹⁷¹

Ten aanzien van de vraag *in welke gevallen* de producent moet waarschuwen, wordt opgemerkt dat de gebrekkigheid van een product niet kan worden opgeheven met het

167 L. Dommering-van Rongen, *Productaansprakelijkheid, een rechtsvergelijkend overzicht*, Deventer: Kluwer 2000, p. 57. Zie in vergelijkbare zin S.B. Pape, ‘De betekenis van het Jetblast-arrest voor de waarschuwing in het productaansprakelijkheidsrecht’, *NTBR* 2006, 56, p. 374-382.

168 Zie ook L. Dommering-van Rongen, *Produktenaansprakelijkheid* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1991, p. 156, 170.

169 Gerechtshof Amsterdam 11 januari 2011, *LJN* BP3548.

170 Zie L. Dommering-van Rongen, *Produktenaansprakelijkheid* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1991, p. 170. Zie ook L. Dommering-van Rongen, *Productaansprakelijkheid, een rechtsvergelijkend overzicht*, Deventer: Kluwer 2000, p. 60 over wat zij noemt ‘learned intermediary’.

171 Rechtbank 's-Hertogenbosch 15 juni 2005, *JBP* 2005, 75, met nt. J.S. Kortmann. Zie voor een ander voorbeeld HR 30 juni 1989, *NJ* 1999, 652, met nt. C.J.H. Brunner (Halcion-arrest): arts en patiënt moesten worden gewaarschuwd.

geven van een waarschuwing.¹⁷² Indien het gevaar kan worden voorkomen door voorzorgsmaatregelen te treffen, dan verdient die maatregel de voorkeur.¹⁷³ Een waarschuwingsplicht geldt dus alleen voor medische producten die gevaren met zich brengen waaraan niet valt te ontkomen. Een geneesmiddel bijvoorbeeld kan als gevolg van de noodzakelijke samenstelling om zijn beoogde werking te hebben, tevens (nadelige) bijwerkingen hebben.¹⁷⁴ Bijwerkingen maken het geneesmiddel op zichzelf niet reeds gebrekkig, maar wel zal de producent de patiënt en/of de arts moeten waarschuwen voor de bijwerkingen en risico's van het gebruik van het geneesmiddel.

Zie voor een voorbeeld waarin werd geoordeeld dat een geneesmiddel op zich niet gebrekkig hoefde te zijn vanwege bijwerkingen, mits voldoende voor de risico's was gewaarschuwd werd, een uitspraak van de Rechtbank Arnhem betreffende het geneesmiddel Tegretol. De rechtbank overwoog als volgt: 'Het enkele feit dat aan een geneesmiddel bijwerkingen kleven leidt op zichzelf niet tot het oordeel dat het product gebrekkig is. Bij de keuze een bepaald geneesmiddel op de markt te brengen c.q. te gebruiken dient immers de aard en ernst van de te behandelen aandoening te worden afgewogen tegen de aard en ernst en frequentie van de mogelijke bijwerkingen en overige risico's. De producent dient wel te waarschuwen voor risico's.'¹⁷⁵

Zie voor een ander voorbeeld van een zaak waarin de waarschuwingsplicht ter beoordeling stond mede tegen het licht van de beschikbare kennis op het moment dat het medicijn werd voorgeschreven en door de patiënt werd gebruikt een uitspraak van de Rechtbank Utrecht. De patiënt stelde dat hij had moeten worden gewaarschuwd voor de gevaren van een gokverslaving als gevolg van het gebruik van het medicijn Permax. Omdat het de rechtbank ontbrak aan de benodigde specialistische kennis om te kunnen beoordelen welke activiteiten op grond van de kenbare informatie van de producent kon worden verwacht, benoemde zij een deskundige.¹⁷⁶

Wat betreft de vraag *hoe* moet worden geïnformeerd wordt opgemerkt dat een (grote) rol is toebedeeld aan de mate waarin de producent mag verwachten dat de waarschuwing tot

172 L. Dommering-van Rongen, *Produktenaansprakelijkheid* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1991, p. 163.

173 S.B. Pape, 'De betekenis van het Jetblast-arrest voor de waarschuwing in het productaansprakelijkheidsrecht', *NTBR* 2006/56, p. 374-382, met verwijzing naar literatuur. Zie ook HR 11 november 2005, *JA* 2006, 11, met nt. W.H. van Boom (aansprakelijkheid werkgever voor gevaar dat van een machine uitgaat).

174 Zie uitvoeriger A.M.L. Broekhuijsen-Molenaar en C.J.J.M. Stolker, *Geneesmiddelen en aansprakelijkheid*, serie gezondheidsrecht, Deventer: Kluwer 1986, p. 30.

175 Rechtbank Arnhem 25 juni 2008, *LJN* BD6338.

176 Rechtbank Utrecht 5 december 2012, *LJN* BY7842.

het gewenste gedrag zal leiden.¹⁷⁷ De aard van het gevaar moet duidelijk uiteen worden gezet en de waarschuwing moet duidelijk kenbaar zijn, waarbij geldt dat hoe gevaarlijker het product is, hoe duidelijker de waarschuwing moet zijn.¹⁷⁸ Dit brengt met zich dat in sommige gevallen kan worden volstaan met een waarschuwingstekst en dat zelfs tekst die in het Engels is gesteld voldoende kan zijn, doch dat in een ander geval naast tekst ook symbolen vereist zijn of andersom.¹⁷⁹ Media-aandacht wordt in zijn algemeenheid onvoldoende geacht.¹⁸⁰

Voor een voorbeeld van een onvoldoende wijze van informeren wordt gewezen op de Implanon-zaak die ten overstaan van de Rechtbank 's-Hertogenbosch speelde. Organon had de informatie die bestemd was voor de arts in een van de informatie ten behoeve van de vrouw afzonderlijke bijsluiter gepresenteerd. In de praktijk bleken artsen de voor hen bedoelde bijsluiter te negeren en bleek voorts dat zij alleen de informatie ten behoeve van de patiënt lazen. Dit heeft ertoe geleid dat producent Organon ertoe is overgegaan om de informatie bestemd voor de arts in dezelfde bijsluiter op te nemen als bestemd voor de patiënt. De rechtbank overwoog ten aanzien van de aansprakelijkheid tegen de achtergrond van de instructie het volgende: 'Indien blijkt dat de artsen de applicator verkeerd hebben bediend, omdat zij de "instructies" in de bijsluiter voor de vrouwen hebben gevolgd, dan is (...) Organon aansprakelijk vanwege de onvolledigheid van die instructies. Het is immers redelijkerwijs te verwachten dat artsen die een implantaat met behulp van een meegeleverde applicator moeten inbrengen en in de verpakking illustraties met uitleg over de wijze van bediening van de applicator aantreffen, op die uitleg afgaan en niet op zoek zullen gaan naar moeizamer te bereiken informatie.' De rechtbank achtte een deskundigenonderzoek noodzakelijk om de onvolledigheid van de instructie te beoordelen.¹⁸¹

177 Zie uitvoerig S.B. Pape, 'De betekenis van het Jetblast-arrest voor de waarschuwing in het productaansprakelijkheidsrecht', *NTBR* 2006, 56, p. 374-382. Zie voor het arrest zelf HR 28 mei 2004, *NJ* 2005, 105, met nt. C.J.H. Brunner (Jetblast-arrest). Zie ook L. Dommering-van Rongen, *Productaansprakelijkheid* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1991, p. 167-169 en L. Dommering-van Rongen, *Productaansprakelijkheid, een rechtsvergelijkend overzicht*, Deventer: Kluwer 2000, p. 57. Zie voor een voorbeeld Rechtbank Middelburg 13 juli 2005, *JA* 2005, 104: sticker op betonmortel onvoldoende tot wijziging gedrag.

178 Zie ook L. Dommering-van Rongen, *Productaansprakelijkheid, een rechtsvergelijkend overzicht*, Deventer: Kluwer 2000, p. 57.

179 Zie bijvoorbeeld in een niet-medische zaak Gerechtshof 's-Hertogenbosch 15 mei 2007, *LJN* BA6838 (Engelse tekst in dat geval voldoende). Zie ook de Code Publieksreclame voor geneesmiddelen.

180 L. Dommering-van Rongen, *Productaansprakelijkheid, een rechtsvergelijkend overzicht*, Deventer: Kluwer 2000, p. 58. Zie ook artikel 16.3 Code Publieksreclame voor geneesmiddelen.

181 Rechtbank 's-Hertogenbosch 15 juni 2005, *JBPr* 2005, 75, met nt. J.S. Kortmann. Zie voor het hoger beroep Gerechtshof 's-Hertogenbosch 28 augustus 2007, *LJN* BB2385. Zie ook Rechtbank Utrecht 5 december 2012, *LJN* BY7842 (medicijn Permax).

Zie voor een ander voorbeeld de ontoereikendheid van een etiket van een diergeneesmiddel een vonnis van de Rechtbank Haarlem. De schadelijgende melkveehouder legde aan zijn vordering ten grondslag dat fabrikant Chanelle onrechtmatig had gehandeld door het product Tribex 10% op de markt te brengen dat door het ontbreken van een waarschuwing met betrekking tot een wachttijd voor melk niet de veiligheid bood die daarvan verwacht mocht worden. Door het ontbreken van een dergelijke waarschuwing had de melkveehouder diverse koeien pas aan het eind van de droogstand (de situatie waarin koeien niet meer worden gemolken) behandeld met Tribex 10% met als gevolg dat residuen van Triclabendazol terecht zijn gekomen in melk die aan de zuivelcoöperatie werd geleverd. Nadat de fabrikant verweer had gevoerd, overwoog de rechtbank als volgt: 'Indien het inderdaad zo is dat Tribex 10% (destijds) in het geheel niet mocht worden toegediend aan melkgevend rundvee, ook niet tijdens de droogstand van drachtig rundvee bedoeld om melk te produceren voor menselijke consumptie, had Chanelle dat expliciet op het etiket moeten vermelden. Was dat wel toegestaan, dan had zij een wachttijd voor melk op het etiket moeten vermelden. Chanelle kan zich daarbij niet verschuilen achter het feit dat het etiket in overeenstemming is met de registratiebeschikking. Het is aan Chanelle zelf ervoor zorg te dragen dat alle relevante informatie in duidelijke en ondubbelzinnige bewoordingen op het etiket wordt vermeld. Door dat na te laten, heeft zij een product op de markt gebracht waarbij het risico bestaat op een onjuiste toepassing met als gevolg dat gecontamineerde melk voor menselijke consumptie in het verkeer wordt gebracht. Chanelle heeft daarmee onrechtmatig gehandeld (...)'.¹⁸²

Waartegen de producent moet waarschuwen hangt nauw samen met de verwachting van de producent over de wijze waarop het product redelijkerwijs zal worden gebruikt, een omstandigheid die mede de gebrekkigheid van een product bepaalt, zie hierna uitvoeriger bij de bespreking van het criterium 'gebruik'.¹⁸³ Een producent is ten eerste gehouden de patiënt en/of de arts te waarschuwen voor mogelijke gevaren die verbonden zijn aan het gebruik *in overeenstemming met de bestemming* van het product.¹⁸⁴ In zijn algemeenheid geldt dat indien gevaren aan een bepaald product van algemene bekendheid worden geacht

182 Rechtbank Haarlem 20 juli 2011, *LJN* BR3926. Zie voor een voorbeeld van een gebrekkige bijsluiter betreffende een vaccin voor konijnen Gerechtshof's-Hertogenbosch 4 juni 2013, *LJN* CA2114.

183 Zie ook S.B. Pape, 'De betekenis van het Jetblast-arrest voor de waarschuwing in het productaansprakelijkheidsrecht', *NTBR* 2006, 56, p. 374-382.

184 Zie uitvoeriger L. Dommering-van Rongen, *Productaansprakelijkheid*, een rechtsvergelijkend overzicht, Deventer: Kluwer 2000, p. 55 en 57. De bewijslast van de stelling dat het gebruik niet overeenkomstig de normale bestemming was, rust op de producent, zie HR 24 december 1993, *NJ* 1994, 214 en Rechtbank Zutphen 12 september 2012, *LJN* BX9439.

– denk aan het feit dat een scherp mes een snijwond kan maken –, een waarschuwingsplicht voor dat gevaar niet snel wordt aangenomen, tenzij een waarschuwingsplicht door de overheid is opgelegd gezien de ernst van de gevolgen. Als voorbeelden worden genoemd sigaretten en alcohol.¹⁸⁵ Ook voor medische producten geldt dat van algemene bekendheid is dat sommige producten, ook indien zij op een juiste wijze worden gebruikt, schadelijk zijn voor de gezondheid (een gevaar opleveren), zoals geneesmiddelen en bloedproducten. Dat neemt niet weg dat voor onbekend gevaar dat samenhangt met de toepassing van dergelijke producten toch dient te worden gewaarschuwd.¹⁸⁶

Zie voor een voorbeeld over de informatieplicht en feiten van algemene bekendheid het eerder besproken vonnis van de Rechtbank Amsterdam ten aanzien van met HIV besmet bloed. De patiënt had betoogd dat zowel de folder van de bloedbank als de in de media verstrekte informatie over HIV de indruk had gewekt dat de kans op besmetting met een virus zo gering was, dat daarvan mocht worden uitgegaan. De bloedbank had daarentegen betoogd dat het als feit van algemene bekendheid mocht worden beschouwd dat bloedproducten nooit gegarandeerd vrij zijn van ziekteveroorzakers. De rechtbank volgde de bloedbank niet in dit verweer door te overwegen dat het feit dat bij een bloedtransfusie een zeer geringe kans bestaat dat HIV wordt overgedragen *niet* van algemene bekendheid was, zodat niet gezegd kon worden dat het publiek deze verwachting niet mocht hebben.¹⁸⁷ Uit de uitspraak kan worden afgeleid dat de waarschuwing onvoldoende was en dat van de bloedbank mocht worden verwacht voor het gevaar van besmetting door bloedtransfusie te waarschuwen.

Een producent is ten tweede gehouden te waarschuwen voor gevaren die door slordig of onoplettend gebruik in het leven worden geroepen. Een producent dient er rekening mee te houden dat een deel van het publiek waarvoor het product bestemd is, het nemen van de noodzakelijke voorzorgsmaatregelen nalaat.¹⁸⁸ Zo zal de producent van een geneesmiddel er rekening mee moeten houden dat de voorgeschreven dosis wordt overschreden.¹⁸⁹

185 Rechtbank Amsterdam 17 december 2008, *NJ* 2009, 311.

186 Zie uitvoeriger A.M.L. Broekhuijsen-Molenaar en C.J.J.M. Stolker, *Geneesmiddelen en aansprakelijkheid*, serie gezondheidsrecht, Deventer: Kluwer 1986, p. 30. Zie voor een voorbeeld Rechtbank Arnhem 25 juni 2008, *LJN* BD6338.

187 Rechtbank Amsterdam 3 februari 1999, *NJ* 1999, 621.

188 HR 2 februari 1973, *NJ* 1973, 315 (Lekkende Kruik I-arrest). Zie ook Rechtbank Middelburg 13 juli 2005, *JA* 2005, 104 en Gerechtshof Leeuwarden 8 februari 2011, *JA* 2011, 87.

189 Zie bijvoorbeeld Gerechtshof Arnhem 7 juli 1987, *TvC* 1987, 272. Zie voor cassatie HR 30 juni 1989, *NJ* 1999, 652, met nt. C.J.H. Brunner (Halcion-arrest). Zie daarover ook L. Dommering-van Rongen, *Produktenaansprakelijkheid* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1991, p. 165-166.

Ten derde zal een producent moeten waarschuwen voor gevaren verbonden aan gebruik dat niet in overeenstemming is met de bestemming van het product, maar welk gebruik wel voorzienbaar is.¹⁹⁰ Een voorbeeld betreft laxeermiddelen die niet worden gebruikt ter bevordering van de stoelgang, maar als middel om af te vallen.¹⁹¹ Voor gevaren die zich kunnen voordoen bij onvoorzienbaar gebruik, hoeft een producent daarentegen niet te waarschuwen.¹⁹²

VII *het gebruik van het product*

Zoals werd opgemerkt, wordt ter bepaling van de gebrekkigheid van een product uitgegaan van de verwachting van het grote publiek.¹⁹³ Het betreft een objectief criterium.¹⁹⁴ De producent moet zich rekenschap geven van de kring van personen die het product zouden kunnen gebruiken en welke mate van zorgvuldigheid zij ten aanzien van het product in acht zullen nemen.¹⁹⁵ Wanneer over specifieke producten in bepaalde (vak)kringen andere of hogere veiligheidsverwachtingen bestaan – zoals in geval van medische producten – moet van die verwachtingen worden uitgegaan.¹⁹⁶ Ook de ondeskundige gebruiker, zoals de patiënt, dient te worden beschermd en de producent moet rekening houden met verkeerd gebruik van het medisch product door de patiënt, dat door de producent te voorzien was.¹⁹⁷ In het kader van de waarschuwingsplicht werd al beschreven dat een geneesmiddelenproducent rekening moet houden met een overschrijding van de voorgeschreven dosis.

Zie voor een voorbeeld van de plicht van de producent ook rekening te houden met onzorgvuldigheid van de gebruiker het arrest van de Hoge Raad uit 1973 (grondslag nog onrechtmatige daad). De Hoge Raad overwoog als volgt: ‘dat toch, indien – zoals in het onderhavige geval is gesteld – van een tot een bepaald soort behorend product een bepaald exemplaar met een concreet gebrek in het

190 Zie uitvoeriger L. Dommering-van Rongen, *Productaansprakelijkheid, een rechtsvergelijkend overzicht*, Deventer: Kluwer 2000, p. 55 en 57.

191 Voorbeeld ontleend aan S.B. Pape, ‘De betekenis van het Jetblast-arrest voor de waarschuwing in het productaansprakelijkheidsrecht’, *NTBR* 2006, 56, p. 374-382.

192 Zie voor een voorbeeld Rechtbank Zwolle 24 april 2002, *LJN* AE3577 (Minitampon).

193 Zie par. 5.4.3.1. Zie voorts G.M.F. Snijders, *Productenrecht, drie aspecten in Europees perspectief*, Deventer: Kluwer 1990, p. 93. Zie voor een (niet-medisch) voorbeeld te verwachten gebruik jus d’orange Rechtbank Maastricht 21 maart 2002, *LJN* AE0776. Zie voor een (niet-medisch) voorbeeld van te verwachten gebruik ventilator Gerechtshof Arnhem 14 oktober 2003, *LJN* AM2330.

194 Kamerstukken II 1985/86, 19636, nr. 3, p. 9 (MvT) en Kamerstukken II 1987/88, 19636, nr. 6, p. 22 (MvA). Zie ook L. Dommering-van Rongen, *Produktenaansprakelijkheid* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1991, p. 154 en L. Dommering-van Rongen, *Productaansprakelijkheid, een rechtsvergelijkend overzicht*, Deventer: Kluwer 2000, p. 43.

195 Kamerstukken II, 1987/88, 19636, nr. 6, p. 22 (MvA).

196 Gerechtshof Arnhem 14 oktober 2003, *LJN* AM2330.

197 HR 2 februari 1973, *NJ* 1973, 315 (Lekkende Kruik I-arrest) en HR 30 juni 1989, *NJ* 1990, 652, met nt. C.J.H. Brunner (Halcion-arrest). Zie ook Gerechtshof Leeuwarden 8 februari 2011, *JA* 2011, 87.

verkeer is gebracht en een bij het gebruik van dat exemplaar ingetreden ongeval aan dat gebrek is te wijten, de fabrikant, zo aan de voorwaarden voor zijn aansprakelijkheid overigens is voldaan, er zich ter bestrijding daarvan in het algemeen niet op zal kunnen beroepen dat het ongeval niet zou zijn voorgevallen, zo alle voorzorgsmaatregelen in acht waren genomen, welke de schadelijke werking van dat gebrek hadden kunnen voorkomen, en dat hij had mogen verachten dat die voorzorgsmaatregelen wel in acht zouden worden genomen; dat immers voor het bepalen van de kans op ongelukken als gevolg van dergelijke gebreken waarmee de fabrikant bij de van hem te vergen zorgvuldigheid rekening moet houden, niet slechts moet worden gelet op die gebruikers, die bij het hanteren van betreffende producten alle voorzorgsmaatregelen in acht nemen, die geëigend zijn ter voorkoming van ongelukken ten gevolge van mogelijk voorkomende gebreken, maar op het gehele publiek, waarvoor die producten zijn bestemd en waarvan een gedeelte het nemen van die voorzorgsmaatregelen zal nalaten.¹⁹⁸

Zie voor een ander voorbeeld het Halcion-arrest. Het Gerechtshof Arnhem overwoog dat de producent van slaapmiddelen er rekening mee moeten houden dat patiënten onder bepaalde omstandigheden de voorgeschreven dosis zullen overschrijden.¹⁹⁹

Onredelijk misbruik wordt daarentegen niet beschermd, zo blijkt uit de considerans bij Richtlijn 85/374/EEG.²⁰⁰ Verder hoeft de producent geen rekening te houden met mogelijk verkeerd gebruik dat *niet voorzienbaar* was, zo is eveneens reeds opgemerkt in het kader van de waarschuwingsplicht.²⁰¹

VIII *tijdstip van in het verkeer brengen van het product*

Het tijdstip van het in het verkeer brengen is doorslaggevend voor het als gebrekkig aanmerken van een product; de gebrekkigheid van een product moet immers worden beoordeeld naar de veiligheidsnormen die bestonden op het tijdstip waarop het bewuste product in het verkeer werd gebracht, ook wel '*state of the art*' genoemd.²⁰² Het tijdstip is bepaald,

198 HR 2 februari 1973, NJ 1973, 315 (Lekkende Kruik I-arrest).

199 Gerechtshof Arnhem 7 juli 1987, TvC 1987, 272. Zie voor cassatie HR 30 juni 1989, NJ 1999, 652, met nt. C.J.H. Brunner (Halcion-arrest).

200 Zie ook Kamerstukken II 1985/86, 19363, nr. 3, p. 9 (MvT).

201 Zie voor een voorbeeld Rechtbank Zwolle 24 april 2002, LJN AE3577 (Minitampon). De bewijslast van de stelling dat het gebruik niet overeenkomstig de normale bestemming was, rust op de producent, HR 24 december 1993, NJ 1994, 214 en Rechtbank Zutphen 12 september 2012, LJN BX9439.

202 L. Dommering-van Rongen, *Productaansprakelijkheid* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1991, p. 181 en L. Dommering-van Rongen, *Productaansprakelijkheid*, een rechtsvergelijkend overzicht, Deventer: Kluwer

omdat de veiligheid die men van producten mag verwachten, afneemt naarmate de tijd verstrijkt. In aansluiting daarop is in artikel 6:186, tweede lid, BW bepaald dat een product niet als gebrekkig mag worden beschouwd uitsluitend omdat nadien een beter product in het verkeer is gebracht.

In de considerans bij de Richtlijn is daarover het volgende opgemerkt: ‘Overwegende dat de produkten in de loop der tijd aan slijtage onderhevig zijn, dat er strengere veiligheidsnormen worden ontwikkeld en dat de wetenschappelijke en technische kennis vooruitgaat; dat het derhalve onbillijk zou zijn de producent aansprakelijk te stellen voor gebreken van zijn produkt zonder tijdsbeperking; dat zijn aansprakelijkheid derhalve na een redelijke termijn moet ophouden, met dien verstande evenwel dat een aanhangige rechtsvordering onverlet blijft.’

De Richtlijn geeft niet aan wat onder ‘in het verkeer brengen’ moet worden verstaan en het begrip wordt door de Lidstaten verschillend uitgelegd. De Nederlandse wetgever huldigde bij de implementatie van de Richtlijn de opvatting dat het product moet zijn afgegeven aan de volgende schakel in de distributieketen.²⁰³ Elke schakel die tevens als producent in de zin van de Richtlijn kan worden beschouwd, brengt dan op zijn beurt het product in het verkeer. Wat betekent dit voor producten in de ‘medische sfeer’? Wordt een product in het verkeer gebracht ook als het product in het ziekenhuis wordt geproduceerd en het ziekenhuis niet verlaat en wordt een product als in het verkeer gebracht beschouwd op het moment dat het door de fabrikant wordt aangeboden aan het ziekenhuis of ligt het tijdstip op een ander moment? Het Hof van Justitie heeft zich over beide vragen reeds uitgelaten. In 2001 oordeelde het in het kader van een bevrijdend verweer van de producent, dat een gebrekkig product ‘in het verkeer is gebracht’, wanneer het product wordt vervaardigd in het ziekenhuis en vervolgens wordt gebruikt bij de medische dienstverrichting om een menselijk orgaan voor te bereiden voor transplantatie. Daar doet niet aan af dat het product de medische controlesfeer niet heeft verlaten, aldus het Hof van Justitie.²⁰⁴

Het betrof het antwoord op de eerste prejudiciële vraag van de Deense rechter aan het Hof van Justitie in de zaak *Veedfald/Århus Amtskommune*. De Deense rechter stelde het Hof van Justitie de vraag of artikel 7, sub a, Richtlijn 85/374/EEG aldus moest worden uitgelegd, dat een gebrekkig product niet in het verkeer is gebracht, wanneer de producent het product in het kader van

2000, p. 45. Zie voor een beoordeling van de kennis die een producent moest Rechtbank Utrecht 5 december 2012, *LJN* BY7842 (benoeming deskundige).

203 Kamerstukken II 1987/88, 19636, nr. 6, p. 15 (MvA).

204 Zie ook par. 5.5.

een bepaalde medische dienstverrichting vervaardigt en gebruikt om een menselijk orgaan dat op het tijdstip van het intreden van de schade bij de donor is weggenomen, voor te bereiden voor transplantatie in het lichaam van de ontvanger, en het orgaan bij die voorbereiding wordt beschadigd.²⁰⁵

Het Hof van Justitie oordeelde vervolgens in 2006 dat een product in het verkeer is gebracht wanneer het product het productieproces van de producent heeft verlaten en is opgenomen in een verkoopproces in een vorm waarin het aan het publiek wordt aangeboden voor gebruik of consumptie.²⁰⁶ Dit kan het moment zijn van aanbidding van het product aan het ziekenhuis, maar mogelijk ligt het tijdstip eerder, namelijk bij aanwezigheid van een tussenschakel – bijvoorbeeld een distributeur – die niet te beschouwen is als producent.

De zaak betrof het kind O'Byrne dat ten gevolge van een gebrekkig vaccin ernstig letsel opliep. Producent van het vaccin was het Franse APSA. Haar Engelse dochter APMSD trad op als distributeur van de producten van APSA in het Verenigd Koninkrijk. De ouders van het kind stelden dat het product in het verkeer was gebracht op het moment dat APMSD het product aan het ziekenhuis leverde. De Engelse High Court stelde het Hof van Justitie de volgende prejudiciële vragen: Wanneer geldt het product als in het verkeer gebracht? Wanneer het de Franse onderneming verlaat? Wanneer het bij de Engelse onderneming aankomt? Wanneer het de Engelse onderneming verlaat? Wanneer het in het ziekenhuis aankomt? Het Hof van Justitie overwoog dat een product als in het verkeer gebracht moet worden beschouwd, wanneer het product het productieproces van de producent heeft verlaten en is opgenomen in een verkoopproces in een vorm waarin het aan het publiek wordt aangeboden voor gebruik of consumptie. In beginsel is daarbij niet relevant dat het product rechtstreeks door de producent wordt verkocht aan de gebruiker of consument of dat de verkoop plaatsvindt in het kader van een productieproces waarbij een of meer tussenpersonen betrokken zijn. Wanneer een van de schakels van de distributieketen nauw met de producent is verbonden (bijvoorbeeld bij een 100% dochter van de producent) moet worden nagegaan of dit verband tot gevolg heeft dat deze eenheid in werkelijkheid deel uitmaakt van het productieproces.²⁰⁷

205 HvJEG 10 mei 2001, VR 2001, 111 (Veedfald/Århus Amtskommune). Zie voor de vraag ook par. 5.2.2. Zie voor een bespreking van de uitspraak L. Dommering-van Rongen, 'Productaansprakelijkheid ziekenhuis voor gebrekkige infusievloeistof', *NTBR* 2001/9, p. 474-478.

206 HvJEG 9 februari 2006, NJ 2006, 401, met nt. M.R. Mok (O'Byrne/Sanofi).

207 HvJEG 9 februari 2006, NJ 2006, 401, met nt. M.R. Mok (O'Byrne/Sanofi). Zie voor het vervolg HvJEU 2 december 2009, NJ 2010, 210, met nt. M.R. Mok (O'Byrne/Aventis Pasteur). Zie voor een bespreking A.Ch.H. Franken, 'Actualiteiten Productaansprakelijkheid 2002-2008', *AV&S*, 2009, 26.

5.4.3.3 Het bewijs van het gebrek

Ingevolge artikel 6:188 BW dient de *patiënt* te stellen en, bij betwisting, te bewijzen dat het product gebrekkig is, oftewel dat het product niet de veiligheid biedt, die men mocht verwachten.²⁰⁸ De producent op zijn beurt dient te stellen en, bij betwisting, te bewijzen dat het gebrek niet aanwezig was op het tijdstip van het in het verkeer brengen van het product, aldus artikel 6:185, eerste lid, aanhef en onder b, BW.²⁰⁹

De patiënt kan de gebrekkigheid van het medisch product niet louter aantonen door te stellen dat er inmiddels een beter product in het verkeer is gebracht; in artikel 6:186, tweede lid, BW immers is bepaald dat een product niet als gebrekkig mag worden aangemerkt uitsluitend omdat er nadien een beter product in het verkeer is gebracht. De patiënt dient dus een nadere onderbouwing aan zijn stelling ten grondslag te leggen. De eerder beschreven indeling naar soort gebrek kan daarbij een rol spelen.²¹⁰ Zo kunnen *productiegebreken* worden onderbouwd en, bij betwisting, worden bewezen door het product dat de schade heeft veroorzaakt te vergelijken met de andere exemplaren van de serie of met de specificaties van de producent. De serie is de norm en bij afwijken van het desbetreffende product is in beginsel de gebrekkigheid gegeven, met dien verstande dat niet elke afwijking van de serie het oordeel rechtvaardigt dat het product gebrekkig is: doorslaggevend is en blijft de veiligheid die men mag verwachten.²¹¹ Niet noodzakelijk is het (dus) te stellen en, bij betwisting, te bewijzen, dat de gehele serie gebrekkig is, zo oordeelde de Hoge Raad in het kader van een onrechtmatige daadsactie met betrekking tot een productiegebrek.

De casus waarin de Hoge Raad zich in die zin uitliet betrof een gebrekkige motor. Het hof had eerder in hoger beroep geoordeeld dat voor aansprakelijkheid van de producent niet slechts moest komen vast te staan dat de geleverde motor ondeugdelijk was, doch dat daartoe tevens vereist was dat het in het verkeer gebrachte type ondeugdelijk was. Ten onrechte, aldus de Hoge Raad. Voldoende is dat het product in kwestie gebrekkig is.²¹²

Ontwerpgebreken kunnen, anders dan productiegebreken, niet worden vastgesteld door te verwijzen naar de specificaties van de producent of andere exemplaren van de soort, nu een ontwerpgebrek per definitie de gehele soort beslaat. Een ontwerpgebrek moet dus

208 Zie voor een voorbeeld Rechtbank Arnhem 25 juni 2008, *LJN* BD6338 (medicijn Tegretol). Zie ook voor een niet-medisch voorbeeld Rechtbank Utrecht 28 maart 2012, *LJN* BW0724.

209 Zie par. 5.5 voor een bespreking van dit bevrijdend verweer.

210 Zie par. 5.4.3.1 Zie ook L. Dommering-van Rongen, *Productaansprakelijkheid, een rechtsvergelijkend overzicht*, Deventer: Kluwer 2000, p. 51.

211 L. Dommering-van Rongen, *Productaansprakelijkheid, een rechtsvergelijkend overzicht*, Deventer: Kluwer 2000, p. 51.

212 HR 4 februari 2011, *NJ* 2011, 69.

worden aangetoond door de nadelen tegen de voordelen af te wegen en te bezien of een veiliger ontwerp als alternatief mogelijk was.²¹³ Doorslaggevend is of een redelijk handelend producent tot dezelfde ontwerpkeuze was gekomen. Had een redelijk handelend producent een beter alternatief verkozen, dan zal het product als gebrekkig worden beschouwd.²¹⁴

Een voorbeeld betreft het slaapmiddel Halcion. De Hoge Raad overwoog ten aanzien van de maatstaf of het product de veiligheid bood die men mocht verwachten dat het hof terecht het risico van ernstige bijwerkingen had afgewogen tegen het positieve effect van het product, te weten het bestrijden van het (door het hof niet ernstig geachte) kwaal van slapeloosheid.²¹⁵

Instructiegebreken kunnen door de patiënt worden aangetoond door te stellen en, bij betwisting, te bewijzen dat een waarschuwing niet is gegeven daar waar deze op zijn plaats was (vanwege de ernst en de frequentie van het gevaar), of dat de gegeven waarschuwing onvoldoende kenbaar was of zodanig dat de producent niet mocht verwachten dat de patiënt zich naar de waarschuwing zou gedragen.

Te bewijzen feiten die door de patiënt niet worden bewezen, komen niet vast te staan. Lukt het de patiënt niet om een gebrek aan te tonen dan gaat de daarop gebaseerde stelling – het product biedt niet de veiligheid die men mocht verwachten en de producent is aansprakelijk – niet op. Dit leidt tot een afwijzing van de vordering van de patiënt.

Voor een voorbeeld wordt gewezen op de procedure tegen onder andere Medtronic BV. Bij de patiënt in kwestie was een mechanische hartklepprothese (Advantage hartklep) geïmplantéerd. Bij de halfjaarlijkse controle in augustus 2004 werd geconstateerd dat sprake was van kleplekkage doordat de hartklep intermitterend onvoldoende sloot. De patiënt sprak naast het ziekenhuis ook producent Medtronic BV aan stellende dat de Advantage hartklep gebrekkig was. De rechtbank noch het hof volgde de patiënt in zijn stelling dat het om een gebrekkig product ging en de vordering werd in beide instanties afgewezen.²¹⁶

213 L. Dommering-van Rongen, *Productaansprakelijkheid, een rechtsvergelijkend overzicht*, Deventer: Kluwer 2000, p. 52.

214 Zie uitvoeriger op dit punt L. Dommering-van Rongen, *Productaansprakelijkheid, een rechtsvergelijkend overzicht*, Deventer: Kluwer 2000, p. 52 en 53.

215 HR 30 juni 1989, NJ 1999, 652, met nt. C.J.H. Brunner (Halcion-arrest).

216 Gerechtshof 's-Gravenhage 18 september 2012, JA 2012, 212, met nt. J.P.M. Simons.

Hoewel redelijkheid en billijkheid een bewijslastverlegging met zich kunnen brengen, aldus artikel 150 Rv, vindt een andere verdeling van bewijslast niet snel plaats. Wel kan het *vermoeden* van een gebrek bestaan, indien uit de toedracht blijkt dat bij een normale wijze van gebruik het product toch schade veroorzaakt. Een vermoeden van het gebrek kan eveneens worden afgeleid uit (schriftelijke) uitlatingen van de producent zelf. In dergelijke gevallen wordt de gebrekkigheid mogelijk aangenomen, behoudens door de producent te leveren tegenbewijs.²¹⁷

Een voorbeeld van een uit de toedracht afgeleid vermoeden van de gebrekkigheid van het product betreft de overwegingen van de Hoge Raad in de zaak Leebeek/Vrumona. Hoewel het arrest is gewezen op de grondslag van de onrechtmatige daad zijn de overwegingen bruikbaar in het kader van de risico-aansprakelijkheid van de producent. In casu was sprake van een door Leebeek geopende fles Pepsi Cola, door Vrumona in Nederland op de markt gebracht. Bij het openen brak de hals van de fles af en veroorzaakte schade aan de hand van Leebeek. In eerste aanleg diende Leebeek te bewijzen dat hij op normale wijze de fles had geopend. In hoger beroep diende Leebeek te bewijzen dat de fles gebrekkig was. Volgens het hof was Leebeek daarin niet geslaagd. De door Leebeek tegen dit oordeel van het hof ingestelde klacht slaagde. De Hoge Raad overwoog vervolgens als volgt: ‘Leebeek heeft gesteld en te bewijzen aangeboden dat de hals van de fles is afgebroken terwijl hij de fles op normale wijze trachtte te openen. (...) Het hof heeft geoordeeld dat op Leebeek de bewijslast rust omtrent het feit dat de betreffende fles een gebrek vertoonde en dat voor deze gebrekkigheid geen bewijs voorhanden is, zodat de vordering van Leebeek niet toewijsbaar is. Dit oordeel is onvoldoende gemotiveerd nu het hof daarbij is voorbijgegaan aan de vraag of Leebeek is geslaagd in het bewijs dat hij de fles op normale wijze trachtte te openen. Het hof mocht daaraan niet voorbijgaan, omdat, indien Leebeek in dit bewijs geslaagd moet worden geoordeeld, in de in dat geval vaststaande toedracht besloten ligt dat de schade is veroorzaakt door een gebrek in de fles, behoudens de aanwezigheid van bijzondere omstandigheden waaruit iets anders zou volgen, waaromtrent het hof evenwel niets heeft vastgesteld, en behoudens door Vrumona te leveren tegenbewijs.’²¹⁸

217 Zie voor eisen tegenbewijs onder andere HR 9 januari 1999, *NJ* 1999, 413, met nt. H.J. Snijders; HR 2 mei 2003, *NJ* 2003, 468; HR 22 december 2009, *JBP* 2010, 25, met nt. H.L.G. Wieten en HR 29 april 2011, *LJN* BP9860.

218 HR 24 december 1993, *NJ* 1994, 214. Zie ook Gerechtshof 's-Hertogenbosch 14 december 2004, te kennen uit HR 9 juni 2006, *LJN* AX2047.

Een voorbeeld van een aangenomen vermoeden van een gebrek in een product van medische aard betreft het Halcion-arrest. Bij de beoordeling van de gebrekkigheid van het slaapmiddel in de 1 mg dosis, overwoog het hof als volgt: ‘Upjohn heeft in 1980 de 1 mg sterkte over de hele wereld uit de handel genomen en de productie daarvan gestaakt. Daarbij heeft Upjohn de “Halcion package insert” herzien, zoals blijkt uit haar vertrouwelijk rondschrijven d.d. 21 jan. 1980. Zij heeft de teksten van voor en na de wijziging niet overgelegd. In de brief van 21 jan. 1980 schrijft Upjohn ten aanzien van de 1 mg tabletten: “This strength is to be deleted to minimise the possibility of the inappropriate dosing of the product”. Aan het bovenstaande ontleent het hof het vermoeden dat het 1 mg tablet als een gebrekkig product is te beschouwen.’²¹⁹

Een ander handvat voor het aannemen van het vermoeden van een gebrek in een product is de afwezigheid van een vergunning of de niet-naleving van de eerder beschreven regelgeving op het gebied van kwaliteit of veiligheid.

Zie voor een voorbeeld waarbij niet naleving van regelgeving reden was voor aanneme van de gebrekkigheid van een product een zaak waar en persoon letsel opliep als gevolg van te laag ontploffend vuurwerk. De rechtbank overwoog dat het vuurwerk in kwestie niet zou voldoen aan de eisen van het Vuurwerkbesluit en als een gebrekkig product kon worden beschouwd, indien vast zou komen te staan dat één van de “shots” op minder dan 5 meter hoogte uiteen was gespat.²²⁰

Een echte omkering van de bewijslast zal niet snel aan de orde zijn, zo blijkt uit de jurisprudentie. Voor zo een ingrijpende beslissing is alleen plaats in uitzonderlijke gevallen. Daaronder valt niet het enkele feit dat aan de kant van de patiënt een bewijsnood bestaat, en evenmin het feit dat de schadelijgende persoon een patiënt is.

Voor overwegingen op dit punt wordt gewezen op het oordeel van het Gerechtshof’s-Hertogenbosch in de Implanon-zaken, waarin door de patiënten was betoogd dat de bewijslast op producent Organon moest komen te liggen en de producent moest aantonen wat er was gebeurd. De rechtbank in eerste aanleg volgde de patiënten daarin. Het hof echter niet. Het hof overwoog als volgt: ‘Op grond van art. 6:188 BW is het uitgangspunt in geval van producten-

219 Gerechtshof Arnhem 7 juli 1987, *TvC* 1987, 272. Zie voor de cassatieprocedure HR 30 juni 1989, *NJ* 1999, 652, met nt. C.J.H. Brunner (Halcion-arrest).

220 Rechtbank Leeuwarden 24 januari 2007, *LJN* AZ7289.

aansprakelijkheid dat de benadeelde de schade, het gebrek en het causaal verband daartussen moet bewijzen. De hoofdregel van art. 150 Rv. houdt in dat de partij die zich beroept op rechtsgevolgen van door haar gestelde feiten de bewijslast daarvan draagt. Voor een ingrijpende beslissing als omkering van de bewijslast is slechts plaats in uitzonderlijke gevallen. Het enkele feit dat aan de kant van de vrouwen bewijsnood bestaat rechtvaardigt zo'n beslissing niet, temeer niet nu aan de kant van Organon en de artsen zich evenzeer bewijsnood voordoet. Ook het feit dat de vrouwen in hun relatie tot Organon consument zijn vormt geen grond voor omkering van de bewijslast. Doordat in de regeling omtrent de productenaansprakelijkheid een risicoaansprakelijkheid wordt gevestigd is reeds rekening gehouden met het belang van de vrouwen als consument. Volgens de vrouwen is hier sprake van een structurele onevenwichtigheid door het enorme verschil in deskundigheid tussen de vrouwen en Organon en de weigering van Organon om voldoende openheid van zaken te geven. Het hof verwerpt dat standpunt. Weliswaar beschikt Organon uiteraard over meer deskundigheid op het terrein van door haar ontwikkelde producten dan de vrouwen, maar zij heeft daarover voldoende gegevens verschaft, waaronder het openbare beoordelingsrapport van het CBG en de wetenschappelijke brochure over Implanon. Niet aannemelijk is geworden dat Organon relevante informatie opzettelijk achterhoudt. Grief IV van de vrouwen, die inhoudt dat de rechtbank ten onrechte aan Organon geen aanvullende stelplicht heeft opgelegd, faalt. Organon heeft voldoende gesteld ter betwisting van de vordering van de vrouwen. Grief VI van de artsen, die eveneens inhoudt dat Organon niet aan haar stel- en/of exhibitieplicht heeft voldaan, zal het hof niet behandelen, nu deze grief niet het geschil tussen de artsen en de vrouwen betreft (zoals het hof ook ten aanzien van Organon heeft overwogen in 4.3). Zelfs indien zou moeten worden aangenomen dat bij alle mogelijke oorzaken van de afwezigheid van het Implanon-staafje in het lichaam van de vrouwen, in ieder geval een van de aangesproken partijen, hetzij Organon hetzij de artsen, aansprakelijk is, rechtvaardigen de redelijkheid en billijkheid niet een omkering van de bewijslast, omdat een onaanvaardbare consequentie daarvan zou kunnen zijn dat hetzij Organon wordt veroordeeld tot schadevergoeding terwijl niet is komen vast te staan dat Organon een gebrekkig product heeft geleverd, hetzij een arts wordt veroordeeld terwijl niet is komen vast te staan dat hij toerekenbaar tekortgeschoten is. Uitgangspunt van ons rechtssysteem is immers dat iemand die schade lijdt deze zelf draagt, tenzij vaststaat dat een ander daarvoor aansprakelijk is.²²¹

221 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 28 augustus 2007, *LJN* BB2385.

Dat het vaak een lastige opgave is voor de patiënt om de gebrekkigheid van een product aan te tonen, illustreert de jurisprudentie op dit punt.

Zie voor een voorbeeld de eerder genoemde Implanon-zaken. Onduidelijk bleef of sprake was van een gebrekkig product of van onvoldoende productinformatie. Zowel de Rechtbank 's-Hertogenbosch als het Gerechtshof 's-Hertogenbosch achtte deskundigenonderzoek noodzakelijk.²²² Zie voor andere voorbeelden de langdurige procedures in de zaken betreffende de geneesmiddelen DES en Halcion en de procedure ter zake het geneesmiddel Vioxx.²²³

Om de patiënt enigszins tegemoet te komen, is in het kader van productaansprakelijkheid een rol toebedeeld aan de verzwaarde motiveringsplicht.²²⁴ De producent zal, als zijnde degene die over de specifieke kennis van zijn product beschikt, de patiënt moeten voorzien van die stukken die hem behulpzaam kunnen zijn bij de last het gebrek van het product aan te tonen.²²⁵

Een voorbeeld van een verzwaarde motiveringsplicht die op de producent rust betreft de zaak over het medicijn Vioxx. In de procedure hadden de patiënten een verklaring voor recht gevraagd inhoudende dat het geneesmiddel van fabrikant Merck en haar Nederlandse dochteronderneming MSD een gebrekkig product is (alsmede een veroordeling tot betaling van schadevergoeding op te maken bij staat). De patiënten hadden in diezelfde procedure de rechtbank verzocht (artikel 843a Rv) Merck te verplichten zowel het registratiedossier als de marketingplannen van Vioxx beschikbaar te stellen. De rechtbank oordeelde dat de vraag welke informatie de fabrikant aan de autoriteiten heeft verstrekt, hoe het product op de Nederlandse markt is gezet en welke veiligheidsaarschuwingen zijn gegeven, onmiskenbaar van belang was voor de beoordeling van de gebrekkigheid. Het registratiedossier en de marketingplannen moesten daarom ter beschikking worden gesteld. De fabrikant had op haar beurt de rechtbank gevraagd om de patiënten te verplichten hun medisch dossiers ter

222 Rechtbank 's-Hertogenbosch 15 juni 2005, *JBPr* 2005, 75, met nt. J.S. Kortmann en Gerechtshof 's-Hertogenbosch 28 augustus 2007, *LJN* BB2385.

223 HR 9 oktober 1992, *NJ* 1994, 535, met nt. C.J.H. Brunner (DES); HR 30 juni 1989, *NJ* 1990, 652, met nt. C.J.H. Brunner, met uiteindelijk de afwikkeling door de Rechtbank Arnhem 20 januari 2010, *LJN* BL2340 (Halcion) en Rechtbank Haarlem 11 november 2009, *LJN* BK3267 en Gerechtshof Amsterdam 11 januari 2011, *LJN* BP5348 (Vioxx).

224 Zie over een uitleg van de verzwaarde motiveringsplicht hoofdstuk 4, par. 4.2.2.3.

225 Rechtbank Haarlem 11 november 2009, *LJN* BK3267 en Rechtbank Haarlem 11 november 2009, *LJN* BK3259. Zie ook A.M.L. Broekhuijsen-Molenaar, *Civielrechtelijke aspecten van kunstmatige inseminatie en draagmoederschap* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1991, p. 128 in geval van een gebrek in sperma.

beschikking te stellen. Dat verzoek is door de rechtbank afgewezen, omdat dat niet van belang was voor de beantwoording van de vraag of Vioxx een gebrekkig product is. De rechtbank heeft de zaak verwezen voor een comparitie van partijen.²²⁶ In hoger beroep is de uitspraak van de rechtbank bevestigd.²²⁷

Voorts zal de patiënt ook in kwesties als deze gebruik maken van de hulp van een deskundige.²²⁸ Zijn bericht kan als bewijs van het gebrek dienen.²²⁹

5.4.4 *De schade*

5.4.4.1 **Categorieën van schade**

Het begrip ‘schade’ wordt genoemd in artikel 6:190 BW: aansprakelijkheid van de producent bestaat voor schade ontstaan door dood of lichamelijk letsel (a) of door het product toegebracht aan een andere zaak die gewoonlijk voor gebruik of verbruik in de privésfeer is gebruikt of verbruikt, met een franchise van € 500 (b). Artikel 6:190 BW is daarmee nagenoeg gelijklopend aan artikel 9 Richtlijn. Het begrip ‘schade’ in de zin van de gevolgen is niet gedefinieerd en welke gevolgschade moet worden vergoed is aan de nationale wetgever overgelaten. In artikel 9 Richtlijn is dat nog eens nadrukkelijk bepaald ten aanzien van onstoffelijke schade. De nationale bepaling mag echter geen afbreuk doen aan het nuttig effect van de Richtlijn,²³⁰ en de rechter dient het nationale recht uit te leggen in het licht van de bewoordingen en het doel van de Richtlijn.²³¹ Een beperking van de te vergoeden categorieën van stoffelijke (materiële) schade is dan ook niet toegestaan. Bovendien dient er – met uitzondering van onstoffelijke (immateriële) schade waarvan de vergoeding uitsluitend door het nationale recht wordt geregeld – voor zowel schade door dood of letsel als voor zaaksschade een billijke en volledige vergoeding van de door een gebrekkig product veroorzaakte schade worden gewaarborgd.

226 Rechtbank Haarlem 11 november 2009, *LJN* BK3267 en Rechtbank Haarlem 11 november 2009, *LJN* BK3259.

227 Gerechtshof Amsterdam 11 januari 2011, *LJN* BP3548.

228 Zie voor een bespreking van het deskundigenbericht als bewijsmiddel hoofdstuk 4, par. 4.4.5.

229 Zie voor een voorbeeld Rechtbank 's-Hertogenbosch 15 juni 2005, *JBPr* 2005, 75, met nt. J.S. Kortmann en Gerechtshof 's-Hertogenbosch 28 augustus 2007, *LJN* BB2385.

230 Zie in die bewoordingen HvJEG 15 mei 1990, zaaknr. 365/88 (Hagen/Zeehaghe BV) in het licht van het EG-Executieverdrag. Zie in het kader van de Richtlijn HvJEG 10 mei 2001, VR 2001, 111 (Veedfald/Århus Amtskommune).

231 HvJEG 10 april 1984, zaaknr. 14/83 (Von Colson en Kamann); HvJEG 15 mei 1986, zaaknr. 222/84 (Johnston); HvJEG 8 oktober 1987, NJ 1988, 1029 (Kolpinghuis); HvJEG 13 november 1990, zaaknr. 106/89 (Marleasing) en HvJEG 10 mei 2001, VR 2001, 111 (Veedfald/Århus Amtskommune). Zie ook Asser/Hartkamp 3-I* 2011, nr. 181.

Het Hof van Justitie bepaalde dit in de zaak Veedfald/Århus Amtskommune, naar aanleiding van een prejudiciële vraag van de Deense rechter. De rechter wenste te vernemen of het gemeenschapsrecht eisen stelt inzake de afbakening door de lidstaten van de begrippen 'schade veroorzaakt door dood of door lichamelijk letsel' en 'beschadiging of vernietiging van een andere zaak dan het gebrekkige product', als bedoeld in artikel 9 Richtlijn. Het Hof van Justitie overwoog dat het feit dat de vaststelling van de precieze inhoud van beide categorieën van schade aan de nationale wetgever is overgelaten, niet wegneemt dat, met uitzondering van onstoffelijke schade waarvan de vergoeding uitsluitend door het nationale recht wordt geregeld, er voor beide categorieën van schade een billijke en volledige vergoeding van de door een gebrekkig product veroorzaakte schade moet worden gewaarborgd. De toepassing van nationale regels mag namelijk geen afbreuk doen aan het nuttig effect van de richtlijn (zie, in die zin, arrest van 15 mei 1990, Hagen, 365/88, Jurispr. blz. I-1845, punt 20). Bovendien moet de nationale rechter het nationale recht uitleggen in het licht van de bewoordingen en het doel van de richtlijn (zie, met name, arrest van 10 april 1984, Von Colson en Kamann, 14/83, Jurispr. blz. 1891, punt 26). (...) Het antwoord op de derde vraag dient derhalve te luiden, dat artikel 9 van de richtlijn aldus moet worden uitgelegd, dat met uitzondering van onstoffelijke schade waarvan de vergoeding uitsluitend afhangt van de bepalingen van het nationale recht, en van de uitsluitingen die in geval van beschadiging van een zaak voortvloeien uit de preciseringen in die bepaling, een lidstaat geen beperkingen kan stellen aan de te vergoeden categorieën van stoffelijke schade ten gevolge van dood of lichamelijk letsel dan wel beschadiging of vernietiging van een zaak.²³²

Voor de Nederlandse patiënt betekent dit dat hij recht heeft op vergoeding van schade overeenkomstig Boek 6, titel 1, afdeling 10, BW en dus ingevolge artikel 6:95 BW en 6:96 BW recht heeft op vergoeding van vermogensschade en ingevolge artikel 6:106 BW recht heeft op vergoeding van ander nadeel dat het gevolg is van zijn letsel.²³³

232 HvJEG 10 mei 2001, VR 2001, 111 (Veedfald/Århus Amtskommune).

233 Zie over vergoeding van schade hoofdstuk 7. Zie voor een (niet-medisch) voorbeeld Gerechtshof Leeuwarden 8 februari 2011, JA 2011, 87, waarin het slachtoffer € 25.000 smartengeld werd toegekend wegens het op te lage hoogte ontploffen van vuurwerk. In de Halcion zaak kreeg een slachtoffer € 18.151,21 ter zake van immateriële schade, zij het dat de grondslag artikel 6:162 BW was: Rechtbank Arnhem 20 januari 2010, LJN BL2340.

5.4.4.2 Schade door dood of lichamelijk letsel

Omdat binnen het bestek van dit onderzoek de gezondheidsschade van de patiënt van belang is, wordt schade als gevolg van *dood of lichamelijk letsel* nader verkend. Zaakschade wordt verder buiten beschouwing gelaten.

Wat onder dood en lichamelijk letsel wordt verstaan, is doorgaans duidelijk. Desalniettemin wordt opgemerkt dat onder lichamelijk letsel mede wordt verstaan de ongewenste zwangerschap van de vrouw, hetgeen van belang kan zijn voor een actie tegen een producent van anticonceptiemedicatie. Hetzelfde geldt voor de beschadiging van de nog ongebooren vrucht.²³⁴

De vraag of zwangerschap als letsel kan worden aangemerkt, kwam bijvoorbeeld aan de orde in een van de procedures rondom het anti-conceptiemiddel Implanon. De producent van Implanon, Organon, betoogde dat de regeling van de productaansprakelijkheid niet van toepassing was nu zwangerschap niet kon worden gezien als letsel. Het hof overwoog daartoe als volgt: ‘Het hof dient art. 6:190 BW uit te leggen in het licht van de bewoordingen en het doel van de Europese Richtlijn 85/374. Uitgangspunt van die richtlijn is onder meer bescherming van de fysieke integriteit en veiligheid van personen. Het begrip “letsel” in art. 6:190 BW omvat naar het oordeel van het hof niet alleen verwonding of kwetsuur, maar ook andere inbreuken op de fysieke integriteit. Weliswaar is zwangerschap in beginsel een bijzondere toestand van een normaal functionerend lichaam, maar wanneer sprake is van ongewenste zwangerschap als gevolg van een door een productgebrek falend anti-conceptiemiddel wordt inbreuk gemaakt op de integriteit van het lichaam. Als gevolg van dergelijk falen van een anti-conceptiemiddel verkeert het lichaam van de vrouw, en met name haar vruchtbaarheid, in een andere toestand dan met haar wil overeenstemt, hetgeen op zichzelf reeds een inbreuk vormt op de fysieke integriteit van de vrouw. Dit brengt bovendien risico’s mee die zij juist had willen vermijden (...). Ook een normaal verlopende zwangerschap en geboorte leveren immers een risico op voor de gezondheid van de vrouw en brengen veranderingen in haar lichaam teweeg. Indien een zwangerschap als hier bedoeld niet binnen het bereik van art. 6:190 BW zou vallen, zou het recht op bescherming van de fysieke integriteit tegen inbreuken als gevolg van een gebrekkig product

²³⁴ Rechtbank Arnhem 30 januari 1997, *NJkort* 1997, 20. Zie ook Rechtbank ’s-Hertogenbosch 16 november 2001, *LJN* AD6137; Rechtbank Amsterdam 9 juli 1997, rolnr. H 95.0601 (niet gepubliceerd); Rechtbank Rotterdam 12 december 1986, *NJ* 1988, 62; Rechtbank Arnhem 30 januari 1997, *NJkort* 1997, 20 en Rechtbank Rotterdam 8 februari 2006, *LJN* AX2193.

niet voldoende beschermd zijn. Het hof acht daarom de regeling van art. 6:185 e.v. BW hier in beginsel van toepassing.²³⁵

Mogelijk valt onder het begrip ook de beschadiging van een nog te transplanteren orgaan of van het lichaam afgescheiden beschadigde of vernietigde ei- of zaadcellen.

Het Hof van Justitie in de zaak *Veedfald/Århus Amtskommune* werd de prejudiciële vraag voorgelegd of de met een gebrekkig infusievloeistof ingespoten nier – als gevolg waarvan die nier niet meer geschikt werd gedacht voor transplantatie bij de patiënt – zaakschade aan de nier betrof of letselschade van de patiënt. De patiënt kon immers niet meer beschikken over een nier, met alle gevolgen voor de gezondheid van dien. Het Hof van Justitie kon deze vraag gezien artikel 234 EG (thans artikel 267 VwEU²³⁶) niet beantwoorden, maar overwoog wel dat de nationale rechter moest nagaan in welke categorie de omstandigheden van de zaak moeten worden ondergebracht, en dat hij niet een vergoeding kan weigeren op grond dat, hoewel aan de andere aansprakelijkheidsvoorwaarden is voldaan, de geleden schade niet in een van de categorieën zou kunnen worden ondergebracht.²³⁷

De Advocaat-Generaal die bij de beoordeling was betrokken beschouwde de schade als letselschade van de patiënt. De Advocaat-Generaal overwoog daartoe als volgt: ‘Ik sluit mij aan bij de zienswijze van de Commissie, die voorstelt de beschadiging van een menselijk orgaan dat bij de donor is weggenomen om onmiddellijk daarna bij de ontvanger te worden getransplanteerd, als “schade veroorzaakt door lichamelijk letsel” te beschouwen. De letters a en b van artikel 9 betreffen immers respectievelijk twee categorieën van schade: de schade veroorzaakt door dood of lichamelijk letsel, en beschadiging of vernietiging van een andere zaak dan het gebrekkige product. Aangezien een menselijk orgaan niet voldoet aan de door letter b, sub i en ii, van voormelde bepaling gestelde voorwaarden, namelijk dat die zaak gewoonlijk bestemd is voor ge- of verbruik in de privésfeer en door de gelaedeerde hoofdzakelijk daartoe is gebruikt, moet worden geconcludeerd, dat de beschreven schade in casu enkel schade veroorzaakt door lichamelijk letsel kan zijn.’²³⁸

235 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 28 augustus 2007, *LJN* BB2385, rov. 4.4.1.

236 Het Hof van Justitie van de Europese Unie is bevoegd, bij wijze van prejudiciële beslissing, een uitspraak te doen a) over de uitlegging van de Verdragen, en b) over de geldigheid en de uitlegging van de handelingen van de instellingen, de organen of de instanties van de Unie.

237 HvJEG 10 mei 2001, *VR* 2001, 111 (*Veedfald/Århus Amtskommune*). Zie voor een bespreking L. Dommering-van Rongen, ‘Productaansprakelijkheid ziekenhuis voor gebrekkige infusievloeistof’, *NTBR* 2001/9, p. 474-478.

238 Conclusie A-G D. Ruiz-Jarabo Colomer van 1 december 2000.

Het is nog de vraag of ook schade als gevolg van geestelijk letsel, voor zover deze niet het gevolg is van lichamelijk letsel, onder de regeling der productaansprakelijkheid valt. Bij deze vraag gaat het niet alleen om de mogelijkheid van vergoeding van immateriële schade als gevolg van geestelijk letsel – of met de woorden van de Richtlijn ‘onstoffelijke schade’ –, waarvoor voldaan dient te zijn aan de eis van ‘persoonsaantasting op andere wijze’, als bedoeld in artikel 6:106, eerste lid onder b BW, maar ook om vermogensschade als gevolg van geestelijk letsel. Vooralsnog is door de Nederlandse rechter bepaald dat geestelijk letsel niet onder de reikwijdte van artikel 6:190 BW valt.

Het Gerechtshof 's-Hertogenbosch overwoog in een niet-medische zaak ten aanzien van een vordering voor vergoeding van schade als gevolg van een posttraumatische stressstoornis als volgt: ‘Art. 6:190 BW bepaalt, voor zover hier van belang, dat de aansprakelijkheid als bedoeld in art. 6:185 BW bestaat voor schade “door dood of lichamelijk letsel”. Het artikel is onderdeel van Afdeling 3, Titel 3, van Boek 6 BW, in welke Afdeling de Richtlijn is geïmplementeerd. De Richtlijn vervangt niet het geldende recht van de lidstaten, maar vult dit aan en laat de lidstaten verschillende keuzemogelijkheden. Artikel 9 lid 2 van de Richtlijn bepaalt dat dit artikel de nationale bepalingen inzake onstoffelijke schade onverlet laat. De vraag of en in hoeverre in geval van productaansprakelijkheid vergoeding van immateriële schade mogelijk is, wordt dus door de Richtlijn met zoveel woorden aan het nationale recht overgelaten. Dit is nog eens uitdrukkelijk bevestigd in de uitspraak van het Hof van Justitie van 10 mei 2001 (VR 2001, 111). De vraag of de vordering van appellanten toewijsbaar is wordt dus uitsluitend geregeld door art. 6:190 BW. Dat artikel beperkt de te vergoeden schade in geval van productaansprakelijkheid (voor zover hier van belang) tot schade door dood of lichamelijk letsel; schade die uitsluitend bestaat uit geestelijk letsel, niet veroorzaakt door lichamelijk letsel, valt daar mitsdien niet onder. Aan toepasselijkheid van art. 6:106 BW, dat in algemene zin regelt in welke gevallen recht bestaat op vergoeding van immateriële schade, wordt niet toegekomen aangezien dat artikel in geval van productaansprakelijkheid terzijde wordt gesteld door art. 6:190 BW.’²³⁹

Het is de vraag of het standpunt van de Nederlandse rechter juist is. Weliswaar bepaalt de Richtlijn niet expliciet dat geestelijk letsel voor vergoeding in aanmerking komt, maar dat neemt niet weg dat bij de uitleg van artikel 6:190 BW de doelstelling van de Richtlijn in

²³⁹ Gerechtshof 's-Hertogenbosch 1 september 2009, JA 2010, 7, met nt. I. van der Zalm.

aanmerking moet worden genomen.²⁴⁰ Die doelstelling is consumentenbescherming door harmonisatie van wetgeving.²⁴¹ De patiënt moet op eenvoudige wijze zijn schade kunnen verhalen, zeker als het om schade aan de persoon gaat. Het lijkt dan ook incongruent de patiënt voor zijn geestelijk letsel, welk letsel toch in zijn algemeenheid aanvaard en geaccepteerd is, geen beroep te kunnen laten doen op de regeling van de productaansprakelijkheid (een risicoaansprakelijkheid), maar hem de weg van artikel 6:162 BW te laten bewandelen (een schuldaansprakelijkheid). Aldus zou richtlijnconforme interpretatie met zich moeten brengen dat (schade als gevolg van) geestelijk letsel wel degelijk voor vergoeding in aanmerking kan komen.

Een aanwijzing voor deze stelling is bijvoorbeeld te vinden in het arrest van het Gerechtshof's-Hertogenbosch in de hierboven genoemde Implanon-zaak, waar ongewenste zwangerschap onder het begrip 'lichamelijk letsel' werd gebracht via een doelredenering van het Gerechtshof.²⁴² Het hof overwoog als volgt: 'Het hof dient art. 6:190 BW uit te leggen in het licht van de bewoordingen en het doel van de Europese Richtlijn 85/374. Uitgangspunt van die richtlijn is onder meer bescherming van de fysieke integriteit en veiligheid van personen. Het begrip "letsel" in art. 6:190 BW omvat naar het oordeel van het hof niet alleen verwonding of kwetsuur, maar ook andere inbreuken op de fysieke integriteit. (...) Indien een zwangerschap als hier bedoeld niet binnen het bereik van art. 6:190 BW zou vallen, zou het recht op bescherming van de fysieke integriteit tegen inbreuken als gevolg van een gebrekkig product niet voldoende beschermd zijn. Het hof acht daarom de regeling van art. 6:185 e.v. BW hier in beginsel van toepassing.'²⁴³

Bovendien kan gezegd worden dat een ruime uitleg van 'lichamelijk letsel' gezien de heersende maatschappelijke opvatting op zijn plaats is.

Een aanwijzing hiervoor is bijvoorbeeld te vinden in het arrest van de Hoge Raad in een kwestie van werkgeversaansprakelijkheid waarbij hij overwoog dat de tekst van art. 7:658 BW noch de geschiedenis van dit artikel dwingt tot de beperkte opvatting dat dit artikel slechts betrekking heeft op de situatie dat aan

240 HvJEG 10 april 1984, zaaknr. 14/83 (Von Colson en Kamann); HvJEG 15 mei 1986, zaaknr. 222/84 (Johnston); HvJEG 8 oktober 1987, NJ 1988, 1029 (Kolpinghuis) en HvJEG 13 november 1990, zaaknr. 106/89 (Marleasing). Zie ook Asser/Hartkamp 3-I* 2011, nr. 181.

241 HvJEG 10 mei 2001, VR 2001, 111 (Veedfald/Århus Amtskommune), besproken door L. Dommering-van Rongen, 'Productaansprakelijkheid ziekenhuis voor gebrekkige infusievloeistof, NTBR 2001/9, p. 474-478.

242 Zie voor dezelfde mening I. van der Zalm in haar noot bij Gerechtshof's-Hertogenbosch 1 september 2009, JA 2010, 7.

243 Gerechtshof's-Hertogenbosch 28 augustus 2007, LJN BB2385, rov. 4.4.1.

de werknemer fysieke schade is toegebracht, dat de ratio van de verhoogde aansprakelijkheid van de werkgever niet zozeer gelegen in het fysieke karakter van de aantasting van de werknemer, maar in de omstandigheid dat de werkgever degene is die bepaalt op welke plaats, onder welke omstandigheden en met welke hulpmiddelen de werknemer moet werken en dat dit niet anders is wanneer de werkomstandigheden niet fysiek, maar psychisch ziekmakend zijn. De Hoge Raad overwoog voorts dat een beperkte uitleg zou leiden tot willekeurige onderscheidingen, omdat lichamelijk en psychisch welzijn nauw met elkaar zijn verbonden: wat bij het ene individu tot uiting komt als lichamelijke klacht, zal bij de ander naar buiten komen in de vorm van een psychische klacht. Ik meen dat diezelfde redenering gevolgd kan worden in het kader van productaansprakelijkheid. Ook hier is gekozen voor een hogere vorm van bescherming van de consument door een risicoaansprakelijkheid bij de producent te leggen en ook hier is het mogelijk dat als gevolg van een gebrekkig product schade wordt geleden die een psychische uitwerking heeft, waar een ander lichamelijk letsel zal lijden.²⁴⁴

5.4.4.3 Het bewijs van de schade

Het is aan de patiënt om de schade te bewijzen, zo volgt uit artikel 6:188 BW en artikel 4 Richtlijn. Het artikel ziet op de aanwezigheid van schade en niet op de omvang. Welke schade voor vergoeding in aanmerking komt, is bepaald in Boek 6, titel 1, afdeling van 10, BW. Voor een nadere onderbouwing van de schadesoorten en de wijze waarop schade kan worden aangetoond, wordt verwezen naar hoofdstuk 7.

5.5 BEVRIJDENDE VERWEREN

De producent is ingevolge artikel 6:185, eerste lid, BW aansprakelijk voor de schade veroorzaakt door een gebrek in zijn product. Het is aan de patiënt om te stellen en te bewijzen dat er schade is en dat dit veroorzaakt is door een gebrek in het product van de producent, aldus artikel 6:188 BW.²⁴⁵ Slaagt de patiënt daarin, dan heeft hij recht op vergoeding van vermogensschade en ander nadeel. Desalniettemin ontkomt de producent aan een schadevergoedingsplicht, indien hij stelt en, bij betwisting, bewijst dat zich een omstandigheid voordoet die hem van aansprakelijkheid bevrijdt. Op de producent rust de bewijslast dienaangaande, hetgeen volgt uit de redactie van artikel 6:185, eerste lid, BW en het daarin

²⁴⁴ Zie voor dezelfde mening I. van der Zalm in haar noot bij Gerechtshof 's-Hertogenbosch 1 september 2009, JA 2010, 7. Zie anders L. Dommering-van Rongen, *Productaansprakelijkheid, een rechtsvergelijkend overzicht*, Deventer: Kluwer 2000, p. 138.

²⁴⁵ Zie voor het causaal verband hoofdstuk 6.

opgenomen woord 'tenzij'.²⁴⁶ Welke omstandigheden hem kunnen vrijpleiten, zijn limitatief omschreven in hetzelfde artikel, onder a tot en met f. Artikel 6:185, eerste lid, BW is wat de opgesomde verweren betreft gelijkkluidend aan artikel 7 Richtlijn. In de literatuur overheerst de mening dat de Richtlijn daarnaast niet ook een beroep op een rechtvaardigingsgrond toestaat, en dat, hoewel niet expliciet in artikel 6:185 BW vermeld, dit geen bevrijdend verweer van de producent kan zijn.²⁴⁷

De verweren als bedoeld in artikel 6:185, eerste lid, BW die de producent van aansprakelijkheid kunnen bevrijden – mits door de producent gesteld en bewezen – zijn de volgende:

a. hij heeft het product niet in het verkeer gebracht

Het verweer behelst de gedachte dat de producent alleen aansprakelijk kan zijn als de oorzaak van het gebrek binnen de sfeer van de productie ligt en de producent het product uit vrije wil in het verkeer heeft gebracht. Mitsdien is hij niet aansprakelijk als het product bijvoorbeeld door diefstal in het verkeer is gebracht.²⁴⁸

Zoals opgemerkt bij de bespreking van het begrip 'gebrek' geeft de Richtlijn geen definitie van het tijdstip 'in het verkeer brengen' en wordt dit tijdstip door de Lidstaten verschillend uitgelegd.²⁴⁹ De Nederlandse wetgever huldigde bij de implementatie de opvatting dat sprake moet zijn van afgifte aan de volgende schakel in de distributieketen.²⁵⁰ Het Hof van Justitie oordeelde in 2001 tegen de achtergrond van een medische verrichting dat een gebrekkig product in het verkeer is gebracht wanneer het product in het ziekenhuis is vervaardigd en vervolgens wordt gebruikt bij een bepaalde medische dienstverrichting om een menselijk orgaan voor te bereiden voor transplantatie. Het is niet van belang dat het product het ziekenhuis niet heeft verlaten.²⁵¹ In 2006 oordeelde het Hof van Justitie dat een product in het verkeer is gebracht wanneer het product het productieproces van de producent heeft verlaten en is opgenomen in een verkoopproces in een vorm waarin het aan het publiek wordt aangeboden voor gebruik of consumptie.²⁵²

²⁴⁶ Zie voor een richtlijnconforme uitleg van de bewijslast aangaande de verweren HR 24 december 1993, *NJ* 1994, 214.

²⁴⁷ L. Dommering-van Rongen, *Produktaansprakelijkheid* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1991, p. 194 met verwijzing naar verschillende auteurs. Zie ook Kamerstukken II 1985/86, 19636, nr. 3, p. 8 (MvT).

²⁴⁸ Kamerstukken II, 1985/86, 19636, nr. 3, p. 8 (MvT) en Kamerstukken II 1987/88, 19636, nr. 6, p. 16 (MvA), met verwijzing naar de toelichting op het ontwerp van de Richtlijn.

²⁴⁹ Zie par. 5.4.3.2.

²⁵⁰ Kamerstukken II 1987/88, 19636, nr. 6, p. 15 (MvA).

²⁵¹ HvJEG 10 mei 2001, VR 2001, 111 (Veedefald/Amtskommune).

²⁵² HvJEG 9 februari 2006, *NJ* 2006, 401, met nt. M.R. Mok (O'Byrne/Sanofi). Zie voor het vervolg HvJEU 2 december 2009, *NJ* 2010, 210, met nt. M.R. Mok (O'Byrne/Aventis Pasteur).

- b. *het is, gelet op de omstandigheden, aannemelijk dat het gebrek dat de schade heeft veroorzaakt, niet bestond op het tijdstip waarop de producent het product in het verkeer heeft gebracht of het is aannemelijk dat dit gebrek later is ontstaan*

Artikel 6:185, eerste lid, aanhef en onder b, BW geeft de bewijsrechtelijke regel voor het uitgangspunt dat een gebrek dat door een ander is veroorzaakt, niet voor rekening van de producent behoort te komen. Bewijzen dat het gebrek nog niet bestond of later is ontstaan, is niet eenvoudig. Door het gebruik van het woord ‘aannemelijk’ wordt echter tot uitdrukking gebracht dat niet al te zware eisen mogen worden gesteld aan het te leveren bewijs.²⁵³ Bovendien helpt de toevoeging ‘dan wel dit gebrek later is ontstaan’ de producent, nu het eenvoudiger is om aan te tonen dat het gebrek later is ontstaan, dan aan te tonen dat het gebrek niet bestond.²⁵⁴ De omstandigheden in het concrete geval zullen bij het onderbouwen van de aannemelijkheid in aanmerking moeten worden genomen. Gedacht kan worden aan de aard van het product, de intensiteit van het gebruik en de tijd die is verstreken tussen het moment van het in het verkeer brengen en het intreden van de schade.²⁵⁵

Zie voor een voorbeeld van een zaak waarin een producent een beroep deed op het verweer dat het gebrek niet bestond op het tijdstip van in het verkeer brengen, een zaak betreffende een ontplofte kachel in een stacaravan. De eiser stelde dat de fabrikant op grond van de regeling van de productaansprakelijkheid aansprakelijk was voor de schade die eiser door de ontploffing van de kachel had geleden. De fabrikant stelde dat haar niets te verwijten viel van het feit dat de kachel was ontploft aangezien zij op geen enkele wijze verantwoordelijk was geweest voor het aansluiten van de leidingen van de caravan en ook niet de trevakap had geïnstalleerd. De rechtbank las in de stellingen van de fabrikant op dit punt (mede) een beroep op het bepaalde in artikel 6:185, eerste lid, aanhef en onder b BW.²⁵⁶

Het verweer van art. 6:185, eerste lid, aanhef en onder b, BW laat onverlet dat de producent aansprakelijk kan zijn voor het niet treffen van maatregelen in verband met later ontstane, doch *voorzienbare*, gebreken. In dat geval biedt artikel 6:162 BW de grondslag voor verhaal van schade.²⁵⁷

253 Kamerstukken II 1985/86, 19636, nr. 3, p. 8 (MvT).

254 Kamerstukken II 1987/88, 19636, nr. 6, p. 17 (MvA).

255 Zie voorts uitvoeriger L. Dommering-van Rongen, *Produktenaansprakelijkheid* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1991, p. 205-207.

256 Rechtbank Zutphen 7 februari 2007, *LJN* BA5773.

257 L. Dommering-van Rongen, *Produktenaansprakelijkheid* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1991, p. 208-209.

- c. *het product is noch voor de verkoop of voor enige andere vorm van verspreiding met een economisch doel van de producent vervaardigd, noch vervaardigd of verspreid in het kader van de uitoefening van het beroep of bedrijf van de producent*

Het verweer beoogt niet-commerciële producten buiten de werkingssfeer van de product-aansprakelijkheid te houden (in het woord ‘producent’ ligt reeds besloten dat vervaardiging voor particulier gebruik buiten het toepassingsbereik van de Richtlijn valt). Een voorbeeld van een geval waarin het verweer onder c zou opgaan tegen de achtergrond van het bestek van dit boek, betreft de *donor* van sperma, eicellen, bloed of organen, mits deze niet handelt vanuit een economisch motief, noch in het kader van een beroep of bedrijf.²⁵⁸ Dit betekent dat de donor die een vergoeding ontvangt mogelijk wél als producent wordt aangemerkt, en dus geen beroep kan doen op het verweer onder c, doch aangesloten wordt bij de opvatting in de literatuur dat de enkele vergoeding iemand nog niet tot producent maakt en de enkele vergoeding ook niet meebrengt dat de donor geen beroep zou kunnen doen op het verweer.²⁵⁹ De omstandigheden van het geval zullen doorslaggevend zijn, waarbij gedacht kan worden aan de frequentie van bloed-, eicel-, sperma- en orgaanverstreking.

Bloedbanken, de bloedvoorzieningsorganisatie, spermabanken en, naar mijn mening, ook eicelbanken worden als producenten aangemerkt.²⁶⁰ Hun komt geen beroep op de exceptie toe, ook al hebben zij geen winstoogmerk, hetgeen tijdens de parlementaire behandeling uitdrukkelijk is overwogen.²⁶¹ Ook de bewerker van een orgaan zal zich niet op het verweer kunnen beroepen nu de bewerking in het kader van een beroep of bedrijf zal plaatsvinden.²⁶² Hetzelfde geldt voor ziekenhuizen die, ook al zijn ze met openbare middelen gefinancierd, zelf producten ten behoeve van een medische verrichting vervaardigen.

In de zaak *Veedfald/Århus Amtskommune* werd door de Deense rechter de prejudiciële vraag gesteld of artikel 7, sub c, van Richtlijn 85/374/EEG van de Raad van 25 juli 1985 zo moest worden uitgelegd, dat een openbaar ziekenhuis niet aansprakelijk is voor producten die door dat ziekenhuis worden vervaardigd en gebruikt in het kader van een bepaalde, met openbare middelen gefinancierde, dienstverrichting van de producent ten behoeve van de gelaedeerde,

258 Kamerstukken II 1988/89, 19626, nr. 9, p. 10 (Nota naar aanleiding van het eindverslag).

259 L. Dommering-van Rongen, *Produktenaansprakelijkheid* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1991, p. 212. Zie voorts A. M. L. Broekhuijsen-Molenaar, *Civielrechtelijke aspecten van kunstmatige inseminatie en draagmoederschap* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1991, p. 124.

260 Zie par. 5.4.2. Zie voor voorbeelden ten behoeve van een bloedvoorzieningsorganisatie HR 28 januari 2005, *LJN* AR6458; Gerechtshof Leeuwarden 28 augustus 2002, *LJN* AF5959; Gerechtshof Leeuwarden 19 maart 2003, *LJN* AF5974 en Rechtbank Amsterdam 3 februari 1999, *NJ* 1999, 621.

261 Kamerstukken II 1988/89, 19636, nr. 13, p. 4 (Brief van de Minister van Justitie).

262 Organen zijn producten, zie par. 5.4.1 en de bewerker van het orgaan een producent, zie par. 5.4.2.

zonder financiële bijdrage van deze laatste. Volgens de Amtskommune had het voor de Deense ziekenzorg kenmerkende feit, dat medische zorg met openbare middelen werden bekostigd, waardoor een rechtstreekse, economische band tussen ziekenhuis en patiënt ontbrak, tot gevolg dat een ziekenhuis bij de bereiding van een gebrekkig product niet handelde met een economisch doel of in het kader van de beroepsuitoefening in de zin van artikel 7, sub c, van de richtlijn. De Deense regering voegde daaraan toe, dat de toepassing van de aansprakelijkheidsregels van de richtlijn op openbare ziekenhuizen nefaste gevolgen zou hebben voor de gehele structuur van de gezondheidsstelsels, die dan immers zouden worden gediscrimineerd ten opzichte van de particuliere stelsels. Desalniettemin overwoog het Hof van Justitie als volgt: 'Dat producten worden vervaardigd voor een bepaalde medische dienstverrichting, die niet rechtstreeks door de patiënt wordt betaald maar uit openbare middelen afkomstig van de belastingbetaler wordt bekostigd, doet niet af aan de economische en beroepsmatige aard van de vervaardiging van die producten. Het betreft immers geen gratis verrichte activiteit, die als dusdanig onder de uitsluiting van artikel 7, sub c, van de richtlijn valt. De Amtskommune heeft ter terechtzitting overigens zelf erkend, dat een particulier ziekenhuis in dezelfde omstandigheden krachtens de bepalingen van de richtlijn ongetwijfeld aansprakelijk zou zijn voor het gebrek van het product. Het antwoord op de tweede vraag dient derhalve te luiden, dat artikel 7, sub c, van de richtlijn aldus moet worden uitgelegd, dat de uitsluiting van aansprakelijkheid op grond dat de betrokken activiteit geen economisch doel heeft of niet is verricht in het kader van de beroepsuitoefening, niet geldt voor een gebrekkig product dat is vervaardigd en gebruikt in het kader van een bepaalde medische dienstverrichting die volledig met openbare middelen wordt gefinancierd, zonder financiële bijdrage van de patiënt.'

- d. *het gebrek is een gevolg van het feit dat het product in overeenstemming is met dwingende overheidsvoorschriften*

De producent is niet aansprakelijk, indien hij aantoont dat het gebrek een gevolg is van het feit dat het product in overeenstemming is met *dwingende* overheidsvoorschriften, dat wil zeggen dwingend in het land waar de producent zich op het verweer beroept.²⁶³ Niet voldoende is dat de producent het product met toestemming van de overheid in het verkeer heeft gebracht. Onder het verweer valt aldus bijvoorbeeld niet de situatie dat de producent een EG-certificering of EG-verklaring van overeenstemming heeft. Ook het feit dat de

263 L. Dommering-van Rongen, *Produktaansprakelijkheid* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1991, p. 215.

producent regelgeving ter registratie heeft nageleefd, sluit dat oordeel niet uit. Het gebrekkigheids criterium gaat uit van de veiligheid die men mag verwachten en deze verwachting hoeft niet noodzakelijkerwijs samen te vallen met het veiligheidsniveau van het wettelijk voorschrift.²⁶⁴

Zie voor een voorbeeld de zaak betreffende het slaapmiddel Halcion. Producent Upjohn betoogde dat er niet van onrechtmatig handelen sprake kon zijn, omdat voor het op de markt brengen van Halcion een vergunning was verleend. De rechtbank in eerste aanleg overwoog echter als volgt: ‘Registratie van nieuwe geneesmiddelen vindt slechts plaats als na onderzoek van de door de aanvrager overgelegde gegevens blijkt dat de betreffende middelen bij gebruik overeenkomstig het door aanvrager opgegeven voorschrift naar redelijkerwijs mag worden aangenomen de gestelde werking, waaronder begrepen de werkzaamheid ten aanzien van de opgegeven indicaties, bezitten en niet schadelijk zijn voor de gezondheid. De rechtbank haalt hier art. 3 Wet op de Geneesmiddelenvoorziening aan. Een positieve uitkomst van dit onderzoek betekent niet dat geen sprake kan zijn van een gebrekkig produkt in de zin van de ontwerprichtlijn. Het zou wel een omstandigheid zijn die in aanmerking genomen behoort te worden omdat het een indicatie kan geven omtrent aanvaardbaar te achten (risico’s van) onwenselijke, of zelfs schadelijk te achten neveneffecten van geneesmiddelen, zonder dat daarmee van een ondeugdelijk produkt kan worden gesproken. In de aangehaalde onderzoeksgrond ligt besloten dat een zekere mate van risico voor de toekomstige gebruikers van het te registreren middel door de wetgever niet onaanvaardbaar is gevonden. Als dat risico zich vervolgens duidelijk gaat aftekenen kan dat voor een eenmaal geregistreerd middel meebrengen dat het (later mogelijk desondanks toch) moet worden beschouwd als een gebrekkig produkt. Het onderzoek van art. 3 behoeft immers niet als uitkomst op te leveren de zekerheid dat het middel bij gebruik volgens voorschrift de gestelde werkzaamheid bezit en niet gebrekkig is, (...) maar uitsluitend dat redelijkerwijze mag worden aangenomen dat dat het geval is.’ Het hof in tweede aanleg nam het oordeel van de rechtbank over. Het oordeel werd ook in cassatie in stand gelaten.²⁶⁵

264 L. Dommering-van Rongen, *Produktenaansprakelijkheid* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1991, p. 188 e.v. Zie ook de brief van de Minister van Justitie aan de Tweede Kamer gedateerd 27 maart 2012 met kenmerk GMT-3110284.

265 Overwegingen Rechtbank Arnhem 28 juni 1984, te kennen uit HR 30 juni 1989, NJ 1990, 652, met nt. C.J.H. Brunner (Halcion-arrest) rov. 4.4.2. Zie daarover uitvoeriger L. Dommering-van Rongen, *Produktenaansprakelijkheid* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1991, p. 65-66.

Zie voor een voorbeeld ook de overwegingen van het Gerechtshof Amsterdam: ‘Merck c.s. wijst er op dat geneesmiddelenautoriteiten in verband met de toelating van Vioxx als geneesmiddel reeds onderzoek hadden gedaan naar “het risico-baten profiel” en het voldoen aan de waarschuwingsplicht. De grieven bevatten evenwel geen (onderbouwde) klacht tegen de overweging van de rechtbank dat niet aannemelijk is dat dit met de registratie van Vioxx samenhangende onderzoek ook betrekking heeft gehad op de juridische merites van de mate waarin Merck c.s. in de verschillende fases van registratieverlening en marketing bepaalde gegevens kenbaar heeft gemaakt dan wel juist achtergehouden. De grieven komen evenmin op tegen de overweging dat registratie van een geneesmiddel de aansprakelijkheid van de producent naar burgerlijk recht niet kan opheffen. Het hof acht beide overwegingen juist en gaat daarom aan de hier besproken stelling voorbij.’²⁶⁶

De producent moet, kortom, aantonen dat het ontwerp of de samenstelling van het product dwingend door de overheid is voorgeschreven.²⁶⁷ Er zijn evenwel nauwelijks werkelijk dwingende overheidsvoorschriften te vinden met betrekking tot het produceren van een gebrekkig product. Keuringsvoorschriften zijn geen dwingende overheidsvoorschriften en regelingen of richtlijnen waarvan (in uitzonderingsgevallen) mag worden afgeweken zijn dat evenmin.²⁶⁸ Het verweer heeft daarom een geringe praktische betekenis.

Een voorbeeld van een regeling die niet voldoet aan het criterium ‘dwingend overheidsvoorschrift’ betreft de Regeling bloedproducten waarin wordt verwezen naar de richtlijnen van het College voor de Bloedtransfusie. Stichting Sanquin voerde in de jegens haar aangespannen procedure in verband met HIV-besmet bloed voor de Rechtbank Amsterdam aan dat zij niet aansprakelijk kon zijn, omdat zij in overeenstemming had gehandeld met dwingende overheidsvoorschriften, te weten met de Wet inzake bloedtransfusie, de Regeling Bloedproducten alsmede met de richtlijnen van het College voor de Bloedtransfusie. De rechtbank volgde de stichting niet in haar verweer. Zij wees daartoe op de bij de Regeling bloedproducten behorende toelichting, waarin enerzijds staat vermeld dat de bloedbanken gehouden zijn de richtlijnen van het College in acht te nemen, maar waarin anderzijds wordt aangegeven dat er in uitzonderingsgevallen van de richtlijnen kan worden afgeweken, indien daartoe een gegronde reden bestaat en indien geen afbreuk wordt gedaan aan de kwaliteit.

266 Gerechtshof Amsterdam 11 januari 2011, *LJN* BP3548

267 Kamerstukken II 1988/89, 19636, nr. 13, p. 8 (Brief van de Minister van Justitie).

268 Kamerstukken II 1987/88, 19636, nr. 6, p. 17 (MvA).

Naar het oordeel van de rechtbank was hier sprake van een zodanige ruimte dat niet gesproken kon worden van een dwingend overheidsvoorschrift in de zin van artikel 6:185, eerste lid, onder d, BW.²⁶⁹

Zou de producent slagen in zijn verweer, dan zou dit overigens met zich kunnen brengen dat de overheid aansprakelijk is: door het voorschrift uit te vaardigen heeft de overheid mogelijk onrechtmatig gehandeld jegens de patiënt.²⁷⁰ De grondslag voor een eventuele vordering is artikel 6:162 BW.

- e. *het was op grond van de stand van de wetenschappelijke en technische kennis op het tijdstip waarop de producent het product in het verkeer bracht, onmogelijk het bestaan van het gebrek te ontdekken*²⁷¹

Het verweer wordt ook aangeduid als het ‘ontwikkelingsrisicoverweer’. Het verweer geeft de grenzen aan van de bij de producent aanwezig veronderstelde kennis van het moment waarop hij het product in het verkeer bracht.²⁷² De producent zal aan zeer strenge eisen moeten voldoen om zich met een beroep op het ontwikkelingsrisico van zijn aansprakelijkheid te bevrijden. Hij kan zich bijvoorbeeld niet beroepen op onvoldoende tijd of op onvoldoende middelen als argument voor zijn onbekendheid met het gebrek.

Tijdens de parlementaire behandeling is de vraag gesteld of producenten van bepaalde, reeds in het verkeer gebrachte producten (DES, Halcion, defecte hartkleppen) met succes een beroep op dit verweer hadden kunnen doen. De reactie van de wetgever was de volgende: ‘Uit de formulering van dit onderdeel volgt naar onze mening dat het begrip “ontwikkelingsrisico” beperkt dient te worden uitgelegd. Het moet voor de producent onmogelijk zijn geweest om het gebrek te ontdekken, gemeten naar de stand van wetenschap en techniek op het tijdstip waarop het product in het verkeer werd gebracht. De producent

269 Rechtbank Amsterdam 3 februari 1999, NJ 1999, 621.

270 Kamerstukken II 1988/89, 19636, nr. 9, p. 6 (Nota naar aanleiding van het eindverslag).

271 Hoewel het voor de Lidstaten mogelijk was om dit verweer niet op te nemen heeft Nederland ervoor gekozen dat wel te doen, mede op basis van het SER-advies op dat punt: SER-publicatie nr. 4, 18 januari 1980. Zie ook Kamerstukken II 1985/86, 19636, nr. 3, p. 5-6 (MvT) en Kamerstukken II 1987/88, 19636, nr. 6, p. 18-20 (MvA). Zie over de achtergrond L. Dommering-van Rongen, *Produktaansprakelijkheid* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1991, p. 221-225. Zie over het verweer ook K.J.O. Jansen, *Informatieplichten – Over kennis en verantwoordelijkheid in contractenrecht en buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2012, p. 476-477.

272 De meest bekende voorbeelden zijn waarschijnlijk de ‘asbest-zaken’. In HR 25 juni 1993, NJ 1993, 686, met nt. P.A. Stein werd door de Hoge Raad een aantal overwegingen gewijd aan de wetenschap die bij de werkgever verondersteld aanwezig mag worden geacht. Zie voor de definitie van ‘in het verkeer brengen’ hetgeen onder verweer a is beschreven.

moet derhalve aan zeer strenge eisen voldoen om zich met een beroep op het ontwikkelingsrisico te bevrijden van zijn aansprakelijkheid. Zo zal hij zich bij voorbeeld niet kunnen beroepen op onvoldoende tijd en middelen als argument voor zijn onbekendheid met het gebrek. Wij zouden ons niet willen begeben in een beoordeling van de aansprakelijkheidsvraag met betrekking tot de specifieke producten die deze leden noemen.²⁷³

Het betreft bovendien een objectief criterium, wat inhoudt dat het voor *iedere producent* onmogelijk was om het gebrek te kennen.²⁷⁴ Het Hof van Justitie overwoog in 1997 dat met de verwijzing naar 'de wetenschappelijke en technische kennis op het tijdstip waarop hij het product in het verkeer bracht', niet specifiek op de praktijk en op de gebruikelijke veiligheidsvoorschriften in de industriector waarin de producent actief is wordt gedoeld, maar op de stand van de wetenschappelijke en technische kennis zonder meer, daaronder begrepen het meest geavanceerde niveau op het tijdstip waarop het betrokken product in het verkeer werd gebracht.²⁷⁵ Om de relevante wetenschappelijke en technische kennis met succes aan de producent te kunnen tegenwerpen, moet deze kennis toegankelijk zijn geweest op het tijdstip waarop het betrokken product in het verkeer werd gebracht.²⁷⁶

Zie voor een voorbeeld de eerder aangehaalde procedure tegen de bloedvoorzieningsorganisatie stichting Sanquin die speelde voor de Rechtbank Amsterdam. De stichting Sanquin had buiten haar andere verweren betoogd dat zij niet aansprakelijk kon zijn voor de schade die was veroorzaakt door het gebrekkig bloedproduct, aangezien het op grond van de stand van de wetenschappelijke en technische kennis op het tijdstip waarop het bloedproduct in het verkeer werd gebracht onmogelijk was de besmetting van het bloed met HIV in de 'window-fase' direct na afname en voor de levering op te sporen. Stichting Sanquin had twee testen uitgevoerd waarmee de besmetting niet kon worden vastgesteld. Weliswaar was er een derde test die een twijfelachtig resultaat opleverde, maar dit betrof een bevestigingstest en deze was nog niet goedgekeurd als screeningstest, aldus stichting Sanquin. De rechtbank overwoog in reactie op de stelling van stichting Sanquin als volgt: 'Vaststaat dat de stichting het onderhavige bloedproduct heeft getest door middel van de reguliere, daartoe bestemde HIV-1/2 screeningstest. Het resultaat van deze test alsmede die van de achteraf op het spijtmonster uitgevoerde HIV p24-antigeentest was negatief. Eerst het gebruik van de eveneens achteraf op het spitmonster uitgevoerde

273 Kamerstukken II 1987/88, 19636, nr. 6, p. 18 (MvA).

274 Kamerstukken II 1987/88, 19636, nr. 6, p. 18-19 (MvA).

275 HvJEG 29 mei 1997, NJ 1998, 522 (Commissie/Verenigd Koninkrijk).

276 HvJEG 29 mei 1997, NJ 1998, 522 (Commissie/Verenigd Koninkrijk).

HIV-1 RNA test leverde een dubieus testresultaat op. Onbetwist is dat de HIV-1 RNA test een bewerkelijke test is waarvan het gebruik zelfs in een laboratorium ingewikkeld is. Voorts is onweersproken dat deze test zich in een experimentele fase bevindt en dat de test goedgekeurd noch gevalideerd is als screeningstest. Uit het overgelegde rapport van het Duitse Paul Ehrlich Institut, waarvan de inhoud door [de patiënt] niet is bestreden, blijkt eveneens dat de HIV-1 RNA test technisch niet zodanig is ontwikkeld, dat invoering kan worden aanbevolen. Dit leidt tot de conclusie dat het, gelet op de stand van de wetenschappelijke en technische kennis ten tijde van de bloeddonaatie en de levering aan [de patiënt], voor de stichting praktisch gesproken niet mogelijk was en van haar dus ook niet kon worden gevergd om de HIV-1 RNA test als screeningstest te gebruiken om hiermee HIV-besmetting in bloedproducten aan te tonen.²⁷⁷

Een ander voorbeeld betreft eveneens een zaak inzake het toedienen van besmet bloed aan een hemofiliepatiënt. De patiënt in kwestie diende regelmatig stollingspreparaten via bloed te krijgen. Het Academisch Ziekenhuis Groningen bestelde daartoe bloedproducten bij stichting Sanquin. Toen bekend werd dat HIV via bloed werd overgedragen, is het ziekenhuis in mei/juni 1983 overgegaan op het voorschrijven van het hittebehandelde product Factorate Hemofil T. Vanaf mei 1984 was het beleid van het ziekenhuis en stichting Sanquin om het hittebehandelde Factorate HT te gebruiken. In 1986 bleek dat de wijze van hittebehandeling bij Factorate HT mogelijk onvoldoende was om het HIV-vrij te maken. Desondanks bleven het ziekenhuis en stichting Sanquin Factorate HT gebruiken. De patiënt bleek vervolgens via bloed van de bloedbank Sanquin besmet geraakt met HIV. De patiënt stelde het ziekenhuis en stichting Sanquin aansprakelijk voor zijn schade en kreeg in eerste aanleg gelijk. Zowel het ziekenhuis als Sanquin ging in hoger beroep. Sanquin stelde onder meer dat zij niet aansprakelijk was, nu zij aan het ziekenhuis een product had geleverd dat naar de stand van de medische wetenschap van dat moment als een veilig alternatief voor het voorheen gebruikte Hemofil T gold, aldus Sanquin. Bij het hof troffen de stellingen van Sanquin en het ziekenhuis geen doel, doch in cassatie hield het arrest van het hof geen stand. Naar het oordeel van de Hoge Raad had het hof op meerdere punten zijn oordeel ontoereikend gemotiveerd en onvoldoende onderzocht of Sanquin en het ziekenhuis wetenschap kon hebben van de onveiligheid van Factorate HT, nu er meerdere varianten van

²⁷⁷ Rechtbank Amsterdam 3 februari 1999, *NJ* 1999, 621. Zie voor een vergelijking met sperma als product A.M.L. Broekhuijsen-Molenaar, *Civielrechtelijke aspecten van kunstmatige inseminatie en draagmoederschap* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1991, p. 130.

het product bestonden en onduidelijk was gebleven op welke variant publicaties over de onveiligheid betrekking hadden.²⁷⁸

Tot slot wordt opgemerkt dat in de literatuur wel onderscheid is gemaakt naar het soort gebrek teneinde de vraag te beantwoorden of de producent zich kan beroepen op het ontwikkelingsrisico.²⁷⁹ Zo zou bij onvermijdelijke *productiefouten* een beroep op het ontwikkelingsverweer niet mogelijk zijn. Desalniettemin blijkt het voeren van dit verweer bij een productiefout niet onmogelijk. Een voorbeeld betreft de hiervoor gegeven voorbeelden van het met HIV besmet bloed. Hoewel dit als een productiegebrek gezien kan worden, is wel degelijk sprake van een ontwikkelingsrisico en dus ook van de mogelijkheid om dit verweer te voeren: begin jaren tachtig was nog onbekend dat het HIV-virus via bloed kon worden overgedragen en hoewel het risico inmiddels bekend is, is het nog onmogelijk om door middel van een sluitend controlesysteem in alle gevallen te voorkomen dat besmet bloed in de handel wordt gebracht.

- f. *het gebrek is te wijten aan het ontwerp van het product waarvan de grondstof of het onderdeel een bestanddeel vormt, dan wel aan de instructies die door de fabrikant van het product zijn verstrekt*

Onderdeel f beperkt de aansprakelijkheid van fabrikanten van onderdelen en producenten van grondstoffen als het gebrek te wijten is aan het ontwerp van het product waarvan het onderdeel of de grondstof een bestanddeel vormt of als het gebrek te wijten is aan instructies van de fabrikant. De gebrekkigheid ligt dan immers in de sfeer van de eindproducent.

5.6 SIGNALERING VAN KNELPUNTEN IN VERBAND MET DE GRONDSLAG VOOR AANSPRAKELIJKHEID

De verkenning van het civiele aansprakelijkheidsrecht tegen de achtergrond van zorggerelateerde schade werd in dit hoofdstuk vervolgd met een beschrijving en analyse van de grondslag voor aansprakelijkheid van de producent. Het doel hiervan was te onderzoeken of de grondslag voor aansprakelijkheid van de producent knelpunten met zich brengt, die de patiënt belemmeren in zijn verhaal van schade op de producent.

²⁷⁸ Gerechtshof Leeuwarden 28 februari 2002, *LJN* AF5959 en *LJN* AF5968 en HR 28 januari 2005, *LJN* AR6458 en *LJN* AR6459.

²⁷⁹ L. Dommering-van Rongen, *Produktenaansprakelijkheid* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1991, p. 227-240, met verwijzing naar literatuur en L. Dommering-van Rongen, *Productaansprakelijkheid, een rechtsvergelijkend overzicht*, Deventer: Kluwer 2000, p. 40.

Uit de analyse is gebleken dat de patiënt twee grondslagen ten dienste staan om de producent voor verhaal van schade aan te spreken. Dit betreft de grondslag van de onrechtmatige daad, artikel 6:162 BW, en de grondslag van artikel 6:185 BW. Artikel 6:185, eerste lid, BW legt op de producent een risicoaansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door een gebrek in een product dat door hem in het verkeer is gebracht. Hoewel samenloop van de grondslagen mogelijk is, ligt het dan ook voor de hand dat de patiënt, zo mogelijk, een beroep doet op de grondslag van artikel 6:185 BW. Voor verhaal van schade op die grondslag is immers niet vereist dat de patiënt de onrechtmatigheid van het gedrag aantoon, zoals wel vereist is bij de grondslag van de onrechtmatige daad. Evenmin is het bewijs van schuld of een andere toerekeningsgrond van de daad aan de producent vereist. Ondanks de voordelen die de grondslag van artikel 6:185 BW ten opzichte van de grondslag van de onrechtmatige daad met zich brengt, wordt echter ook een knelpunt signaleerd. Wil aansprakelijkheid van de producent kunnen worden gebaseerd op artikel 6:185 BW, dan moet vast komen te staan dat het product dat de producent in het verkeer bracht, gebrekkig was, waaronder wordt verstaan dat het product niet de veiligheid biedt, die men mag verwachten. Ingevolge artikel 6:188 BW dient de patiënt daarvan het bewijs te leveren. Opgemerkt werd dat het enkele feit dat er nadien een beter product in het verkeer is gebracht niet het noodzakelijke bewijs levert. De patiënt dient de gebrekkigheid van het product dus nader te onderbouwen. Met name bij ontwerpgebreken en instructiegebreken zal het leveren van het bewijs lastig zijn. Een ontwerpgebrek moet worden aangetoond met het bewijs van de stelling dat de nadelen niet opwegen tegen de voordelen en/of dat een veiliger ontwerp als alternatief mogelijk was. Doorslaggevend is of een redelijk handelend producent tot dezelfde keuze was gekomen. Instructiegebreken moeten worden aangetoond met het bewijs van de stelling dat een waarschuwing niet is gegeven daar waar deze op zijn plaats was, of dat de gegeven waarschuwing onvoldoende kenbaar was of zodanig dat de producent niet mocht verwachten dat de patiënt zich naar de waarschuwing zou gedragen. Dit zijn geen eenvoudige bewijsopdrachten, zo getuigt de jurisprudentie. De last om het bewijs van het gebrek te leveren kan er dan ook toe leiden dat de patiënt afziet van het leveren van het bewijs of dit bewijs niet kan leveren. Is dit het geval, dan wordt de patiënt gefrustreerd in zijn recht op verhaal van schade. Een deskundigenbericht kan de patiënt wellicht het noodzakelijke bewijs leveren, maar niet uit het oog mag worden verloren dat de kosten van zo een deskundigenbericht omvangrijk zijn en de patiënt niet altijd over die financiële middelen beschikt.

Slaagt de patiënt erin aan te tonen dat het product gebrekkig is (of was), dan is de producent aansprakelijk voor de schade die daardoor is ontstaan, behoudens de gevallen waarin de producent een beroep kan doen op een bevrijdend verweer. De producent kan ook naast de hulpverlener aansprakelijk zijn, bijvoorbeeld in de situatie waarin de arts tekortschoot bij de behandeling en de producent een product in het verkeer bracht dat gebrekkig is.

Wie voor welk deel van de schade aansprakelijk is, vergt een beoordeling van het causaal verband tussen de normschending, het gebrek in het product en de schade van de patiënt. Deze beoordeling komt nader aan de orde in hoofdstuk 6, waarin uitvoering wordt ingegaan op de vereisten van het causaal verband tussen de normschending of de gebeurtenis en de schade van de patiënt.

6 CAUSAAL VERBAND

6.1 INLEIDING

Voor verhaal van schade is niet alleen de aanwezigheid van een grondslag voor aansprakelijkheid vereist: ‘zorggerelateerde schade’ impliceert tevens een causaal verband tussen het gedrag van de hulpverlener of de gebeurtenis die de grondslag voor aansprakelijkheid vormde en de door de patiënt geleden schade. Het niet (kunnen) aantonen van aanwezigheid van causaal verband leidt tot een afwijzing van de vordering tot schadevergoeding van de patiënt. Omdat in medische kwesties het causaal verband doorgaans complex wordt geacht – in nogal wat gevallen is onduidelijk of de normschending of het gebrek in het product wel de oorzaak is geweest en/of wat de invloed van die normschending of het gebrek is geweest op de gezondheidstoestand van de patiënt –, wordt de verkenning van het civiele aansprakelijkheidsrecht in dit vierde hoofdstuk van het tweede deel vervolgd met een beschrijving en analyse van het causaal verband.¹ De nadruk ligt daarbij op het causaal verband tussen de normschending door de hulpverlener en de schade van de patiënt, maar evenzeer wordt aandacht besteed aan het causaal verband tussen een gebrek in een product en de schade van de patiënt.²

In de medische wetenschap wordt gezocht naar een verband tussen de ziekte van de patiënt en een mogelijke oorzaak met het doel een juiste behandeling toe te passen. De medicus is in staat de (mogelijke) gevolgen van een trauma of van medisch handelen voor de gezondheidstoestand van de patiënt te duiden. Hij draagt immers de kennis van de processen in het menselijk lichaam.³ Dit naar medische maatstaven vast te stellen verband tussen trauma of medische interventie en de gezondheidstoestand van de patiënt is echter niet doorslaggevend voor het antwoord op de vraag of sprake is van een causaal verband in het kader van aansprakelijkheid: vereist is dat het causaal verband tussen het gedrag of de

-
- 1 Zie voor algemene literatuur over het causaal verband A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1965; J. van Schellen, *Juridische causaliteit. Een onderzoek naar het oorzakelijkheidsvereiste in het civiele aansprakelijkheidsrecht* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1972; A.J. Van, *Onzekerheid over ouderschap en causaliteit* (diss. Rotterdam), Arnhem: Gouda Quint 1995; A.J. Akkermans, *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband* (diss. Tilburg), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997; D.S. Rambocus, *Medisch-Juridische causaliteit* (diss. Utrecht), Utrecht 1999 en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* 2013.
 - 2 De aansprakelijkheid van de producent kan ook zijn gebaseerd op artikel 6:162 BW en in dat geval is het evenzeer noodzakelijk dat er een causaal verband is tussen de normschending en de schade van de patiënt. Een normschending door de producent als oorzaak van de schade van de patiënt wordt in dit hoofdstuk echter buiten beschouwing gelaten.
 - 3 D.S. Rambocus, *Medisch-Juridische causaliteit* (diss. Utrecht), Utrecht 1999, p. 1-7.

gebeurtenis die de grondslag voor aansprakelijkheid vormde en de schade van de patiënt naar *juridische maatstaven* komt vast te staan.⁴ Welke oorzaak juridisch als oorzaak heeft te gelden, hangt af van de heersende (juridische) leer en het rechtsgebied waarbinnen de beoordeling plaatsvindt.⁵

In het civiele aansprakelijkheidsrecht valt het juridisch causaal verband volgens de heersende leer uiteen in het *condicio sine qua non*-verband enerzijds en de mate waarin de schade aan de schadeveroorzaker kan worden toegerekend anderzijds, hetgeen is verwoord in (onder meer) artikel 6:74 BW, artikel 6:162 BW en artikel 6:185 BW, respectievelijk artikel 6:98 BW.⁶ Het *condicio sine qua non*-verband is het primaire vereiste.⁷ Het *condicio sine qua non*-verband is daarom het eerst te verkennen onderwerp (par. 6.2). Ingegaan wordt op zowel enkelvoudige als meervoudige causaliteit. De last het *condicio sine qua non*-verband te bewijzen ligt bij de patiënt. Het bewijs van het *condicio sine qua non*-verband is het volgende onderwerp dat in dit hoofdstuk wordt verkend (par. 6.3). Staat het *condicio sine qua non*-verband tussen het gedrag of de gebeurtenis die de grondslag voor aansprakelijkheid vormde en de schade van de patiënt vast, dan is het vervolgens de vraag of de schade van de patiënt in redelijkheid aan de hulpverlener kan worden toegerekend. Dit deel van het juridisch causaal verband is het laatst te verkennen onderwerp (par. 6.4).

Het hoofdstuk wordt afgesloten met een signalering van knelpunten (par. 6.5).

4 Als voorbeeld ter verduidelijking van het verschil tussen medische en juridische causaliteit dient de (strafrechtelijke) casus van het 'etalageruitarrest' uit 1970, HR 13 januari 1970, NJ 1970, 144. Zie voor een ander voorbeeld HR 21 maart 1975, NJ 1975, 372, met nt. G.J. Scholten. Zie voor literatuur C.J.M. Klaassen, Monografieën BW, Schadevergoeding algemeen, deel 2, Deventer: Kluwer 2007, p. 27 en D.S. Rambocus, Medisch-Juridische causaliteit (diss. Utrecht), Utrecht 1999, p. 6-9.

5 D.S. Rambocus, Medisch-Juridische causaliteit (diss. Utrecht), Utrecht 1999, p. 37.

6 C.J.M. Klaassen, Monografieën BW, Schadevergoeding algemeen, deel 2, Deventer: Kluwer 2007, p. 27 en D.S. Rambocus, Medisch-Juridische causaliteit (diss. Utrecht), Utrecht 1999, p. 5-9. De leer van de *causa proxima*, noch die van de adequate veroorzaking worden onder het huidige recht als leidend gezien. Zie voor deze leren Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* 2013, nr. 54-56.

7 C.J.M. Klaassen, Monografieën BW, Schadevergoeding algemeen, deel 2, Deventer: Kluwer 2007, p. 27; D.S. Rambocus, Medisch-Juridische causaliteit (diss. Utrecht), Utrecht 1999, p. 5-9 en C.J.M. Klaassen, 'Kroniek causaliteit in het aansprakelijkheidsrecht', AVeS 2012, nr. 5 p. 182-193.

6.2 HET CONDICIO SINE QUA NON-VERBAND

6.2.0 *Opmerkingen vooraf*

In deze paragraaf wordt eerst het condicio sine qua non-verband in algemene termen besproken (par. 6.2.1). Daarbij staat een enkele normschending door de hulpverlener of een enkel gebrek in het medisch product als oorzaak van de schade van de patiënt centraal.

Omdat bij de geneeskundige behandeling van patiënten in veel gevallen meerdere hulpverleners, hulppersonen en/of producenten betrokken zijn, wordt vervolgens geschreven en geanalyseerd hoe verschillende oorzaken van de schade van de patiënt van invloed zijn op de aansprakelijkheid van de verschillende ‘daders’ voor die schade (par. 6.2.2).

Tot slot wordt ingegaan op de invloed van een gebeurtenis die aan de patiënt moet worden toegerekend (par. 6.2.3). Het gedrag van de patiënt kan immers mede van invloed zijn op zijn schade en onderzocht wordt dan ook wat dit betekent voor de aansprakelijkheid van de hulpverlener of, wanneer een gebrek van een product in het spel is, voor de aansprakelijkheid van de producent.

6.2.1 *Conditio sine qua non-verband als minimumvereiste*

Zowel artikel 6:74 BW als artikel 6:162 BW stelt als voorwaarde voor een recht op schadevergoeding het bestaan van causaal verband tussen het normschendend gedrag van een ander en de schade. Wil de patiënt zijn schade verhalen op de arts of het ziekenhuis dan moet dus worden aangetoond dat de schade van de patiënt is veroorzaakt door de toerekenbare tekortkoming of onrechtmatige daad van de arts of het ziekenhuis. Wil de patiënt zijn schade op de arts of het ziekenhuis verhalen, omdat de hulpverlener aansprakelijk is vanwege zijn hoedanigheid als werkgever of bezitter van een ondeugdelijke zaak of gevaarlijke stof, dan is evenzeer vereist dat de schade in causaal verband staat met een fout van de (niet)ondergeschikte, met de (inwendige) gebrekkigheid van de zaak of met de gevaarlijke eigenschappen van de stof, zo volgt uit de artikelen 6:170 BW, 6:171 BW, 6:173 BW, 6:174 BW en 6:175 BW. Ook wanneer de risicoaansprakelijkheid van de producent de grondslag voor het verhaal van schade vormt, is voor verhaal van schade vereist dat de schade is veroorzaakt door een gebrek in het product, zo volgt uit artikel 6:185 BW.

De in de wettelijke bepalingen vereiste oorzakelijke verbanden worden vastgesteld met behulp van de ‘condicio sine qua non-test’.⁸ Om bijvoorbeeld vast te stellen of een bepaalde schade het gevolg is van de normschending door de hulpverlener of van het gebrek in een product, wordt het (feitelijk) onjuist handelen van de hulpverlener of het gebrek in het product weggedacht en wordt de vraag gesteld of de schade zonder die normschending of dat gebrek zou zijn ingetreden.⁹ Is het antwoord nee, dan bestaat er een condicio sine qua non-verband en heeft de patiënt in beginsel recht op vergoeding van zijn schade. Luidt het antwoord ja, dan is er geen condicio sine qua non-verband en kan de patiënt zich tegenover de hulpverlener of de producent niet op een recht op schadevergoeding beroepen.¹⁰ Er bestaat immers geen goede grond om een ander aansprakelijk te houden voor schade van een patiënt, die de ander niet heeft veroorzaakt.¹¹ Het ‘condicio sine qua non-verband’ geeft dan ook de minimumeis aan voor het recht op schadevergoeding.¹²

Een voorbeeld van een zaak waarin de condicio sine qua non-test werd verricht betreft de zaak over de met een ernstige – aan een chromosomale afwijking toe te schrijven – handicap geboren baby Kelly. Het ziekenhuis in kwestie en de behandelend verloskundige verweerden zich in de procedure strekkende tot schadevergoeding van vader, moeder en het kind zelf met de stelling dat het causaal verband tussen de tekortkoming van de verloskundige – het nalaten prenatale diagnostiek te verrichten – en de schade ontbrak. Het ziekenhuis en de verloskundige stelden dat de schade haar oorzaak vond in de bij het kind aanwezige chromosomale afwijking, dat deze afwijking niet door de verloskundige was bewerkstelligd en door haar ook niet had kunnen worden voorkomen of ongedaan worden gemaakt. Het ziekenhuis en de verloskundige miskenden evenwel dat de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berustte, gelegen was in de nalatigheid van de verloskundige de noodzakelijke prenatale diagnostiek te verrichten. Een juiste familieanamnese en daarop gevolgde consultatie van een klinisch geneticus zou tot nader onderzoek hebben geleid waardoor de chromosomale afwijking van de vrucht waarvan de moeder zwanger was, aan het licht zou zijn gekomen, naar aanleiding waarvan de moeder in overleg met

8 C.J.M. Klaassen, *Monografieën BW, Schadevergoeding algemeen*, deel 2, Deventer: Kluwer 2007, p. 28 en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* 2013, nr. 50.

9 De normschending is de grondslag en dus het uitgangspunt bij het vaststellen van het condicio sine qua non-verband met de schade van de patiënt, zie Parl. Gesch. Boek 6, p. 340.

10 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* 2013, nr. 50.

11 C.J.M. Klaassen, *Monografieën BW, Schadevergoeding algemeen*, deel 2, Deventer: Kluwer 2007, p. 27 en C.J.M. Klaassen, ‘Kroniek causaliteit in het aansprakelijkheidsrecht’, *AV&S* 2012, nr. 5, p. 182-193.

12 Zie met betrekking tot het minimumvereiste Parl. Gesch. Boek 6, p. 340 en 343, Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* 2013, nr. 50 en voorts voor een overzicht van literatuur op dit punt R.J.B. Boonekamp, *Schadevergoeding* (losbl.) aant. 9 bij art. 98 BW. Zie ter vergelijking de ‘Principles of European Tort Law’: artikel 3:101 gaat uit van een condicio sine qua non-verband als minimumeis voor het vaststellen van causaal verband.

de vader tot afbreking van haar zwangerschap zou hebben besloten. Oftewel, zonder de fout van de verloskundige was de zwangerschap afgebroken. De door de verloskundige gemaakte fout stond daarom in het door artikel 6:74 BW (met betrekking tot de vordering van de moeder) en artikel 6:162 BW (met betrekking tot de vordering van de vader en de vordering van Kelly) vereiste *condicio sine qua non*-verband tot de schade.¹³

Een voorbeeld van een zaak waarin de minimumeis van het *condicio sine qua non*-verband werd benadrukt betreft een zaak waarin de patiënt na een operatie in verband met een nekhernia allerlei klachten ontwikkelde. Het hof wees de vordering wegens ontbreken van causaal verband tussen de operatie en de klachten af. De patiënt ging van dit oordeel in cassatie. De klacht hield in dat het hof had miskend dat elke operatie als zodanig een (beroeps)risico met zich brengt, zodat in en met een uitgevoerde operatie dat (beroeps)risico als zodanig reeds is gegeven, indien zich na het uitvoeren van die operatie klachten voordoen die zich voor de operatie niet of niet in die omvang of verschijningsvorm voordeden, en dat in die situatie alleen nog de toerekening van de gevolgen aan de orde is. Deze lezing berustte volgens de Hoge Raad echter op een onjuiste rechtsopvatting. Hij overwoog als volgt: “Voorzover bedoeld wordt te betogen dat alle klachten die zich na een operatie voordoen en die zich vóór de operatie niet of niet in dezelfde mate voordeden, ongeacht of de postoperatieve klachten in causaal verband (in de zin van *sine qua non*-verband) staan tot de uitgevoerde operatie, moeten worden toegerekend aan de behandelend arts die verzuimd heeft de patiënt voldoende over de operatie te informeren, berust de klacht op een onjuiste rechtsopvatting.”¹⁴

Voor het aannemen van een *condicio sine qua non*-verband is echter niet vereist dat er een absolute zekerheid bestaat over het antwoord op de vraag of de normschending door de hulpverlener of het gebrek in het product oorzaak is geweest voor de schade van de patiënt. Een redelijke mate van waarschijnlijkheid is voldoende.¹⁵

13 HR 18 maart 2005, *NJ* 2006, 606, met nt. J.B.M. Vranken (Baby Kelly). Zie over het causaal verband tussen de normschending en de schade in dit arrest ook C.H. Sieburgh, ‘Schadevergoeding én leven. Compositie met rood, geel en blauw’, *WPNR* 2005/6637, p. 755-762. Zie eveneens C.J.J.M. Stolker en M.P. Sombroek-van Doorn, ‘De wrongful life-vordering: schadevergoeding of euthanasie?’, *NTBR* 2003/9, p. 496-56 aangaande de uitspraak van het Gerechtshof ’s-Gravenhage.

14 HR 29 september 2006, *VR* 2007, 37. Zie voor andere voorbeelden Gerechtshof Arnhem 18 augustus 2009, *LJN* BK8642; Gerechtshof Amsterdam 22 juni 2010, *JA* 2011, 1, met nt. R.W.M. Giard en Gerechtshof Arnhem 15 maart 2011, *JA* 2011, 81.

15 Zie (onder meer) HR 21 juni 1974, *NJ* 1974, 453, met nt. G.J. Scholten; HR 17 november 1989, *NJ* 1990, 572 en HR 6 december 1996, *NJ* 1997, 398. Zie voor literatuur A.J. Akkermans, *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband* (diss. Tilburg), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 247 en 433; C.J.M.

Een voorbeeld betreft een arrest van het Gerechtshof Amsterdam met betrekking tot het causaal verband tussen knieklachten na het plaatsen van een knieprothese en het handelen van de chirurg. Het hof overwoog dat de patiënt – behoudens tegenbewijs – aannemelijk had gemaakt dat klachten met een redelijke mate van zekerheid het gevolg waren van de tekortkoming van de chirurg.¹⁶

Een ander voorbeeld betreft een oordeel van de Rechtbank Rotterdam. De zaak had betrekking op de vraag of het ziekenhuis aansprakelijk was voor het niet onderkennen van een darmperforatie bij een blindedarmoperatie. Nadat de rechtbank oordeelde dat het niet onderkennen van de perforatie een tekortkoming opleverde, overwoog zij ten aanzien van het *condicio sine qua non* verband als volgt: 'De rechtbank is van oordeel dat in een geval als het onderhavige, waarin zeer aannemelijk is dat de redelijk bekwaam en redelijk handelend operateur het toegebrachte letsel tijdens de ingreep zou hebben onderkend (en behandeld) waardoor grote schade voor de patiënt zou zijn voorkomen, de eventuele minimale daarover resterende onzekerheid er niet aan in de weg mag staan dat aansprakelijkheid wordt aangenomen. Immers, 100% zekerheid over hetgeen zich feitelijk heeft voorgedaan, kan in een situatie als deze nimmer worden verkregen, zeker niet indien sprake is van summiere verslaglegging. Dat achteraf geen 100% zekerheid over de feiten kan worden verkregen, is in de rechtspraktijk niet ongebruikelijk. Bewijsbeoordelingen zijn dan ook waarschijnlijksoordelen. Indien op grond van de feiten die zijn komen vast te staan zeer aannemelijk is dat een relevante medische fout is gemaakt, behoort de daaruit voortvloeiende schade niet voor rekening te worden gelaten van de individuele patiënt die daarvan het slachtoffer is.'¹⁷

6.2.2 *Condicio sine qua non-verband en meerdere aansprakelijkheidvestigende gebeurtenissen*

De schade van de patiënt kan het gevolg zijn van een enkele normschending door de hulpverlener of uitsluitend het gevolg zijn van een gebrek in het medisch product. Staat het *condicio sine qua non*-verband tussen de normschending respectievelijk het gebrek

Klaassen, Monografieën BW, Schadevergoeding algemeen, deel 2, Deventer: Kluwer 2007, p. 30; R.L.M.M. Tan, 'Over het mogelijke en het waarschijnlijke, salomonsoordelen in het aansprakelijkheidsrecht', *AV&S* 2008, nr. 1, p. 23-27; A.J. Akkermans en C.H. van Dijk, 'Proportionele aansprakelijkheid, omkeringsregel, bewijslastverlichting en eigen schuld: een inventarisatie van de stand van zaken', *AV&S* 2012, nr. 5, p. 157-177 en C.J.M. Klaassen, 'Kroniek causaliteit in het aansprakelijkheidsrecht', *AV&S* 2012, nr. 5, p. 182-193.

¹⁶ Gerechtshof Amsterdam 22 juni 2010, *JA* 2011, 1, met nt. R.W.M. Giard.

¹⁷ Rechtbank Rotterdam 14 maart 2012, *LJN* BV9542.

in het product en de schade van de patiënt vast, dan is de hulpverlener of de producent aansprakelijk en dient hij in beginsel de schade van de patiënt te vergoeden. Het is echter ook mogelijk dat de schade van de patiënt het gevolg is van meerdere normschendingen die tezamen of elk voor zich de schade hebben veroorzaakt. Zo werken hulpverleners met name in de complexere gevallen en/of binnen een ziekenhuis in teamverband en kan de samenwerking tussen de hulpverleners een fout in de hand werken of de kans op een fout verhogen.

Een voorbeeld uit de rechtspraak waarin de samenwerking tot schade bij de patiënt leidde betreft de opeenvolgende handelingen van twee plastisch chirurgen. De ene plastisch chirurg adviseerde de patiënte ten onrechte een reductie van beide borsten in navolging waarvan een andere plastisch chirurg overging tot die onterechte reductie van beide borsten. Bovendien was twijfelachtig of de tweede plastisch chirurg de reductie wel lege artis had uitgevoerd.¹⁸

Een ander (praktijk)voorbeeld van een situatie waarin de samenwerking tot schade leidde betreft de situatie waarin verschillende psychiaters van een GGZ-team de psychiatrische patiënt een hoeveelheid van een bepaald medicijn toedienden. Elke dosis afzonderlijk was onschadelijk. Op een gegeven moment werd de toegestane drempelwaarde overschreden, omdat de psychiaters geen rekening hielden met de dosis medicatie die de ander had toegediend. De overschrijding veroorzaakte schade.¹⁹

Een voorbeeld van verschillende onafhankelijk van elkaar gemaakte fouten betreft fouten van verschillende hulpverleners bij de behandeling van een wondinfectie van de patiënt. De patiënt in kwestie onderging meerdere operaties in verband met een abces. De artsen hanteerden daarbij steeds een behoudende aanpak, welke aanpak geen steun vond in de praktijk en de literatuur. De tekortkoming van de verschillende artsen werd aangenomen. Vervolgens was de vraag aan de orde of de (verstreckende) gevolgen – de patiënt kon nagenoeg niet zelfstandig functioneren – in verband stonden met de tekortkomingen. De Rechtbank Utrecht oordeelde dat dit verband moest worden aangenomen, zulks in navolging van het deskundigenbericht daaromtrent. Het stond volgens de deskundige buiten kijf dat het abces een escalatie was, het gevolg was, van de door de patiënt doorgemaakte infecties. Aangezien het recidiveren van de

18 Gerechtshof Arnhem, nevenzittingsplaats Leeuwarden 6 juli 2010, *L&S* 2010, 135.

19 Zie voor vergelijkbare voorbeelden A.J. Van, *Onzekerheid over ouderschap en causaliteit* (diss. Rotterdam), Arnhem: Gouda Quint 1995, p. 76-79.

infecties samenhang met of het gevolg was van het bij geen enkele operatie verwijderen van al het lichaamsvreemd materiaal, moest ook het ontstaan van het abces als gevolg hiervan worden gezien. Oftewel, het tekortschietende handelen van elk der artsen bij elke operatie was *condicio sine qua non* voor het abces.²⁰

Een ander voorbeeld van onafhankelijk van elkaar gemaakte fouten betreft de onjuiste diagnosestelling door een arts in ziekenhuis A en een onjuist uitgevoerde operatie door een arts in ziekenhuis B. Het Gerechtshof 's-Hertogenbosch oordeelde dat sprake was van één schade waarvoor beide artsen voor het geheel aansprakelijk waren. Daaraan deed volgens het hof niet af dat de artsen niet hadden samengewerkt, maar dat zij onafhankelijk van elkaar achtereenvolgens een fout hadden gemaakt.²¹

Meervoudige causaliteit doet zich ook voor wanneer zowel een normschending door een hulpverlener als een fout van een bij de uitvoering van de behandelingsovereenkomst gebruikte hulppersoon oorzaak is van de schade van de patiënt. Voorts kan de schade van de patiënt zowel het gevolg zijn van een fout van de hulpverlener als van een gebrek in een product, waarvoor één of meer producenten aansprakelijk is. Ook in deze gevallen kunnen de gebeurtenissen tezamen de schade van de patiënt veroorzaken of kan elke gebeurtenis op zich schade veroorzaken.

Een voorbeeld van een zaak waarin de schade (een zwangerschap) het gevolg kon zijn van zowel een (mogelijk) gebrek in het product als van een (mogelijk) verwijtbare gedraging van de arts betreft de 'Implanon-zaken'. Vast stond dat een aantal vrouwelijke patiënten ondanks het gebruik van het anticonceptiemiddel Implanon zwanger was geworden. In verschillende procedures werd zowel de (huis)arts,²² als producent Organon,²³ aansprakelijk gesteld. De mogelijke fout van de producent zou zijn gelegen in het op de markt brengen van een gebrekkig anticonceptieproduct (het anticonceptiestaaftje zat niet in de applicator). De mogelijke fout van de arts was gelegen in het niet controleren of het anticonceptiestaaftje bij het inbrengen in het lichaam van de patiënt in de applicator zat.

20 Het voorbeeld is ontleend aan Rechtbank Utrecht 25 augustus 2010, *LJN* BN7740.

21 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 26 juni 1995, *NJ* 1997, 239. Zie ook Rechtbank Leeuwarden 4 juni 1996, *KG* 1996, 249.

22 Rechtbank Alkmaar 11 februari 2004, *NJ* 2004, 205. Voor het hoger beroep zie Gerechtshof Amsterdam 24 januari 2008, *LJN* BC9815. Voor de cassatieprocedure zie HR 24 december 2010, *LJN* BO4579.

23 Rechtbank 's-Hertogenbosch 15 juni 2005, *JBPr* 2005, 75, met nt. J.S. Kortmann. Voor het hoger beroep zie Gerechtshof 's-Hertogenbosch 28 augustus 2007, *LJN* BB2385.

Bovendien maken hulpverleners deel uit van een organisatie, het ziekenhuis, waar beslissingen op bestuursniveau naast het handelen van de hulpverlener debet kunnen zijn aan het ontstaan van schade.²⁴ Daarnaast doen zich situaties voor waarin de normschending door een niet bij het zorgproces betrokken derde mede oorzaak is van de schade van de patiënt, zoals de verkeersfout van een automobilist.²⁵ Wederom kunnen de fouten met elkaar oorzaak van de schade zijn of kan elke fout op zich de schade van de patiënt hebben veroorzaakt.

Wanneer twee of meer op zichzelf staande normschendingen – gelijktijdig of na elkaar optredend – van verschillende personen – in de combinatie arts/arts, arts/hulpverlener, arts/producent, arts/automobilist enzovoorts – *tezamen* de schade van de patiënt hebben veroorzaakt wordt wel gesproken van ‘samenlopende oorzaken’.²⁶ Wanneer twee of meer op zichzelf staande normschendingen van verschillende personen *elk voor zich* oorzaak zijn of kunnen zijn van de gehele schade van patiënt wordt wel gesproken van ‘afzonderlijke gelijktijdig werkende oorzaken’.²⁷ Deze laatste situatie wordt ook wel met de term ‘alternatieve veroorzaking’ aangeduid. Onder alternatieve veroorzaking wordt doorgaans verstaan de situatie waarin verschillende gebeurtenissen elk voor zich de gehele schade veroorzaakt *kunnen* hebben, maar de schade slechts door één van die gebeurtenissen *is* veroorzaakt.²⁸

Duidelijk is dat de *condicio sine qua non*-test in gevallen van meervoudige causaliteit niet tot een (juiste) vaststelling van het *condicio sine qua non*-verband en de aansprakelijkheid van een persoon voor de schade kan leiden.²⁹ Wat in deze gevallen rehtens is, volgt (dan ook) uit een afzonderlijke bepaling: artikel 6:102 BW. Is de schade van de patiënt bijvoorbeeld het gevolg van een normschending van verschillende hulpverleners, dan is ingevolge artikel 6:102 BW uitgangspunt dat elk van de hulpverleners *hoofdelijk aansprakelijk* is voor

24 Zie voor een voorbeeld van een fout van een verloskundige en organisatorische fouten Gerechtshof Arnhem 22 mei 2007, *L&S* 2007, 171.

25 Zie voor een voorbeeld van een verkeersfout en een fout van de arts (verkeer aanleggen infuus) Gerechtshof Leeuwarden 8 augustus 2001, *NJ* 2002, 209.

26 Zie D.S. Rambocus, *Medisch-Juridische causaliteit* (diss. Utrecht), Utrecht 1999, p. 29 voor een wiskundige benadering.

27 Zie D.S. Rambocus, *Medisch-Juridische causaliteit* (diss. Utrecht), Utrecht 1999, p. 29-30 voor een wiskundige benadering. Zie voorts A.J. Van, *Onzekerheid over ouderschap en causaliteit* (diss. Rotterdam), Arnhem: Gouda Quint 1995, voor een filosofische benadering.

28 C.J.M. Klaassen, *Monografieën BW, Schadevergoeding: algemeen, deel 2*, Deventer: Kluwer 2007, p. 36.

29 Zie bijvoorbeeld HR 24 december 1999, *NJ* 2000, 351, geannoteerd door W.H. van Boom in ‘Mede-aansprakelijkheid, samenlopende oorzaken, hoofdelijkheid’, *NTBR* 2000/5, p. 200-204. Zie ook J. Spier, T. Hartlief, G.E. van Maanen en R.D. Vriesendorp, *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding*, Deventer: Kluwer 2009, nr. 237; C.J.M. Klaassen, *Monografieën BW, Schadevergoeding: algemeen, deel 2*, Deventer: Kluwer 2007, p. 34-35 en W.H. van Boom ‘Mede-aansprakelijkheid, samenlopende oorzaken, hoofdelijkheid’, *NTBR* 2000/5, p. 200-204 bij HR 24 december 1999.

de gehele schade van de patiënt.³⁰ Een en ander is niet anders wanneer de schade zijn oorzaak vindt in een fout van de hulppersoon waarvoor de hulppersoon ingevolge artikel 6:162 BW aansprakelijk is en voor wiens gedrag de hulpverlener ingevolge artikel 6:74 BW in samenhang gelezen met artikel 6:76 BW mede aansprakelijk is.³¹ Eveneens is hoofdelijke aansprakelijkheid uitgangspunt wanneer naast de normschending door een hulpverlener de oorzaak van de schade van de patiënt gelegen is in een fout van een automobilist of een andere derde. Is zowel de normschending door een hulpverlener als een gebrek in een medisch product *condicio* voor de schade van de patiënt, dan is wederom hoofdelijke aansprakelijkheid van de producent en de hulpverlener uitgangspunt; uit artikel 6:185, derde lid, BW volgt dat op de aansprakelijkheid van de producent het gedrag van de hulpverlener niet van invloed is.³² Uit artikel 6:189 BW volgt voorts dat wanneer meerdere producenten op grond van artikel 6:185 BW aansprakelijk zijn voor de schade van de patiënt, zij ieder voor de gehele schade aansprakelijk zijn. Deze aansprakelijkheid is ingevolge artikel 6:102 BW wederom een hoofdelijke.

Mogelijk is voorts dat schade ontstaat als gevolg van samenwerking in groepsverband van verschillende producenten. Groepsaansprakelijkheid is niet specifiek geregeld in Boek 6, titel 3, afdeling 3, BW, maar in artikel 6:166 BW. Ingevolge artikel 6:166 BW is eveneens sprake van hoofdelijke verbondenheid van de verschillende producenten en kan de patiënt een van hen voor het geheel aanspreken. Uit de jurisprudentie kan echter worden afgeleid dat een groepsaansprakelijkheid niet (snel) wordt aangenomen. In het DES-arrest besteedde de Hoge Raad kort aandacht aan de mogelijkheid van groepsaansprakelijkheid: 'Onderdeel 6, betreffende de groepsaansprakelijkheid, faalt.' s Hof's oordeel dat de farmaceutische bedrijven niet als een groep zijn opgetreden, geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Verder kan het wegens zijn verwevenheid met waarderingen van feitelijke aard in cassatie niet op zijn juistheid worden

30 Dit volgt reeds uit HR 4 november 1955, *NJ* 1956, met nt. L.E.H. Rutten. Zie voorts Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* 2013, nr. 86 en 133; C.J.M. Klaassen, *Monografieën BW, Schadevergoeding: algemeen, deel 2*, Deventer: Kluwer 2007, p. 35 en A.J.O. van Wassenae van Catwijk en R.H.C. Jongeneel, *Eigen schuld en mede-aansprakelijkheid*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 160-162. Zie ook de conclusie van A-G Hartkamp bij HR 9 oktober 1992, *NJ* 1994, 535, met nt. C.J.H. Brunner (DES). Zie voorts artikel 6:6 BW ten aanzien van 'dezelfde' schuld, zulks in afwijking van de gegeven voorbeelden die niet 'dezelfde schuld' hoeven te betreffen. Zie ter vergelijking de *Principles of European Tort Law*, artikel 3:102, waar eveneens wordt uitgegaan van hoofdelijkheid.

31 Zie voor aansprakelijkheid van de hulpverlener voor een fout van de hulppersoon hoofdstuk 4, par. 4.2.3.3.

32 Kamerstukken II 1987/88, 19636, nr. 6, p. 22 (MvA). Zie voor een voorbeeld van onderlinge verdeling van de schade tussen producent en arts, G.M. van Wassenae, *Handboek Personenschade (losbl.)*, Eigen schuld en mede-aansprakelijkheid, p. 3140-54. Zie voorts Rechtbank Haarlem 11 november 2009, *LJN* BK3267 (Vioxx) in welke zaak de rechtbank expliciet artikel 6:185, derde lid, BW benadrukte.

getoetst. Het is niet onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd.³³ Terzijde wordt opgemerkt dat samenwerkende artsen in teamverband weliswaar als ‘groep’ gedefinieerd kunnen worden, maar deze samenwerking niet onder het toepassingsbereik van artikel 6:166 BW valt.³⁴

Betaling door de ene hoofdelijk aansprakelijke persoon bevrijdt de ander.³⁵ Degene die door de patiënt (ingevolge artikel 6:7 BW) wordt aangesproken voor diens gehele schade kan vervolgens regres nemen op de andere veroorzaker.³⁶ Dit recht vloeit voort uit artikel 6:10 BW, ook wanneer een van de oorzaken van de schade het gebrek in een product is; ingevolge artikel 6:189 BW wordt de mogelijkheid van regres overgelaten aan het nationale recht. Wel wordt opgemerkt dat uit artikel 6:192, tweede lid, BW volgt dat alleen wanneer jegens de patiënt tevens een derde aansprakelijk is die het (gebrekkige) product *niet gebruikte in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf*, niet ten nadele van de derde kan worden afgeweken van de regels inzake het regres. De bepaling komt er op neer dat de producent zijn aansprakelijkheid niet mag uitsluiten of beperken jegens een privépersoon die mede aansprakelijk is voor de schade van de benadeelde patiënt, maar bijvoorbeeld wel jegens de hulpverlener die beroepsmatig of bedrijfsmatig medische producten gebruikt.³⁷ Artikel 6:10 BW brengt voorts met zich dat de schuldenaren in hun interne verhouding alleen dat gedeelte van de schuld hoeven te dragen dat hun aangaat. Deze algemene regel is uitgewerkt in artikel 6:102, eerste lid, BW waarin is bepaald dat verdeling plaatsvindt met overeenkomstige toepassing van artikel 6:101 BW, tenzij uit wet of rechtshandeling een andere verdeling voortvloeit. In artikel 6:101 BW is bepaald dat verdeling van de draagplicht in evenredigheid met ieders bijdrage geschiedt. Kan de mate waarin elk van de oorzaken tot de schade heeft bijgedragen niet worden vastgesteld, dan wordt ervan uitgegaan dat elke oorzaak voor een gelijk deel heeft bijgedragen.³⁸ Bovendien kan een correctie worden toegepast, indien de billijkheid dat in het concrete geval eist.³⁹

Niettemin past hier een kanttekening. Hoofdelijke aansprakelijkheid is slechts uitgangspunt indien toerekening van de gevolgen van de tweede fout aan de veroorzaker van de eerste

33 HR 9 oktober 1992, NJ 1994, 535, met nt. C.J.H. Brunner (DES).

34 Parl. Gesch. Boek 6, p. 664.

35 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* 2013, nr. 134.

36 Zie voor regres uitvoerig E.F.D. Engelhard, Regres, een onderzoek naar het regresrecht van particuliere en sociale schadedragers (diss. Maastricht), Deventer: Kluwer 2003. Zie ook W.H. van Boom, ‘Meervoudige causaliteit en hoofdelijke aansprakelijkheid bij letselschade’, in: Causaliteit, Inleidingen gehouden op het 14^{de} symposium van de Vereniging van Letselschade Advocaten, 2003.

37 Kamerstukken II 1988/89, 19636, nr. 9, p.13-14 (Nota naar aanleiding van het eindverslag).

38 HR 9 december 2009, JA 2010, 80.

39 Zie nader Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* 2013, nr. 133-135 en A.J.O. van Wassenae van Catwijk en R.H.C. Jongeneel, Eigen schuld en mede-aansprakelijkheid, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 162. Zie nader over de billijkheidscorrectie par. 6.2.3.

fout *redelijk* is gezien de aard van de aansprakelijkheid van de eerste veroorzaker en de aard van de schade van de patiënt. Hoewel een uitvoeriger uiteenzetting van het leerstuk der redelijke toerekening (artikel 6:98 BW, het tweede aspect van de juridische causaliteit) eerst later in dit hoofdstuk aan de orde komt,⁴⁰ wordt dus reeds opgemerkt dat de redelijkheid van de toerekening van invloed is op de regel dat bij meervoudige causaliteit iedere persoon die een fout heeft begaan jegens de patiënt hoofdelijk aansprakelijk is voor de gehele schade.⁴¹ Uit de rechtspraak van de Hoge Raad blijkt dat voor het antwoord op de vraag of toerekening redelijk is, van belang is of de geleden schade het *alleszins voorzienbare gevolg* was van de fout van de eerste schadeveroorzaker.⁴²

Een voorbeeld van toerekening bij samenloop van een onrechtmatige daad en een medische fout betreft de casus van een vrouw, die door een verkeersongeval (waarvoor een automobilist aansprakelijk was) blijvend invalide was geraakt aan haar knie. Tevens was zij kort na het ongeval in psychische problemen geraakt. Door de knieproblematiek en de psychische problematiek raakte de vrouw arbeidsongeschikt en deed zij vervolgens een suïcidepoging, waarna opname in het ziekenhuis volgde. In het ziekenhuis werd op onjuiste wijze een infuus aangelegd, waardoor de functies van linkerhand en pols blijvend beperkt raakten. Het Gerechtshof Leeuwarden oordeelde dat de veroorzaker van het verkeersongeval, gezien de aard van diens aansprakelijkheid en de aard van de schade, ook aansprakelijk was voor de schade die het gevolg was van het verkeer aanleggen van het infuus.⁴³

Een voorbeeld van toerekening bij samenloop van twee medische fouten betreft een casus waarover het Gerechtshof 's-Hertogenbosch oordeelde. De patiënte in kwestie werd na een ongeval opgenomen in het ziekenhuis, waarna de behandelend neuroloog ten onrechte niet bij haar de diagnose halswervelluxatie stelde. De patiënte werd vier weken later in een ander ziekenhuis opgenomen, waar werd geconstateerd dat zij een traumatische afwijking van de halswervelkolom en een gedeeltelijke dwarslaesie had. De patiënte werd achtereenvolgens

40 Zie par. 6.4.

41 C.J.M. Klaassen, Monografieën BW, Schadevergoeding: algemeen, deel 2, Deventer: Kluwer 2007, p. 35. Zie ook W.H. van Boom, 'Meervoudige causaliteit en hoofdelijke aansprakelijkheid bij letselschade', in: Causaliteit, Inleidingen gehouden op het 14^{de} symposium van de Vereniging van Letselschade Advocaten, 2003.

42 HR 25 april 2008, NJ 2008, 262. Zie in gelijke zin C.J.M. Klaassen, Monografieën BW, Schadevergoeding: algemeen, deel 2, Deventer: Kluwer 2007, p. 49.

43 Gerechtshof Leeuwarden 8 augustus 2001, NJ 2002, 209. Zie ook HR 23 december 1980, NJ 1981, 534 (strafzaak, samenloop mishandeling en medische fout, toerekening alle schade aan verdachte) en HR 8 februari 1985, NJ 1986, 136, met nt. C.J.H. Brunner (samenloop arbeidsongeval en medische fout, toerekening alle schade aan veroorzaker arbeidsongeval).

geopereerd door onder meer een neurochirurg en een orthopedisch chirurg. De orthopedisch chirurg plaatste de encercledraden te ver in het wervelkanaal en onderkende dit probleem ten onrechte in een zeer laat stadium. Bij de patiënt resteerden vervolgens neurologische restverschijnselen waarvoor zij de neuroloog aansprakelijk stelde. De neuroloog betaalde en nam regres op de orthopedisch chirurg. De orthopedisch chirurg verweerde zich. In hoger beroep overwoog het hof als volgt: ‘Ook naar oud recht gold de thans in artikel 98 van boek 6 BW neergelegde rechtsregel (...). Anders dan [de orthopedisch chirurg] heeft doen betogen, is er in casu slechts sprake van één schade, te weten de (...) restverschijnselen (...). Naast [de neuroloog] is ook [de orthopedisch chirurg] wegens diens onzorgvuldig optreden in beginsel voor deze schade voor het geheel aansprakelijk. Hieraan doet niet af dat [de neuroloog] en [de orthopedisch chirurg] niet hebben samengewerkt, maar dat zij ieder onafhankelijk van elkaar achtereenvolgens jegens [patiënte] onrechtmatig hebben gehandeld. Dat beiden aansprakelijk zijn is daarom redelijk en billijk, omdat daardoor voorkomen wordt dat in een geval als het onderhavige de benadeelde het risico zou moeten dragen van – bijvoorbeeld – tegenstrijdige vonnissen, terwijl voorts de benadeelde niet het bewijs behoeft te leveren wat het aandeel van ieder der daders in de schade is. (...) Uitgaande van deze slachtofferbescherming is uit het oogpunt van toerekening naar redelijkheid te dezen evenmin relevant de omstandigheid, waarop [de orthopedisch chirurg] heeft gewezen, te weten dat er wel verband is tussen het latere onrechtmatig handelen van [de orthopedisch chirurg] en het eerdere onrechtmatig handelen van [de neuroloog], maar dat dit omgekeerd niet geldt.’⁴⁴

Hoofdelijke aansprakelijkheid voor de gehele schade is niet het uitgangspunt, indien de tweede fout zoveel ernstiger is dan de eerste fout dat de schade niet meer kan worden beschouwd als een verwezenlijking van het gevaar met het oog waarop de eerste fout had moeten worden vermeden.⁴⁵

Een voorbeeld van een zaak waarin de ernst van de tweede fout en de toerekening aan de eerste schadeveroorzaker ter discussie werd gesteld – zij het in dit geval zonder succes – betreft een fout van het ambulancepersoneel en een in het ziekenhuis gemaakte fout. De rechtbank overwoog: ‘Ook indien veronder-

⁴⁴ Gerechtshof 's-Hertogenbosch 26 juni 1995, NJ 1997, 239.

⁴⁵ HR 25 september 1992, NJ 1992, 751. Zie voor een bespreking C.J.M. Klaassen, *Monografieën BW, Schadevergoeding: algemeen, deel 2*, Deventer: Kluwer 2007, p. 35 en voorts ook W.H. van Boom, ‘Meervoudige causaliteit en hoofdelijke aansprakelijkheid bij letselschade’, in: *Causaliteit, Inleidingen gehouden op het 14^{de} symposium van de Vereniging van Letselschade Advocaten*, 2003.

stellenderwijs ervan wordt uitgegaan dat de schade mede veroorzaakt is door een ontijdige diagnose door de artsen in het OLVG en/of door een ‘delay’ bij het uitvoeren van de operatie, staat de schade van [de patiënt] naar het oordeel van de rechtbank nog steeds in zodanig verband met het ten onrechte aanbren-gen van een drukmanchet, dat die schade – mede gezien de aard van de aansprakelijkheid en de aard van de schade – aan GGD Flevoland kan worden toegerekend. De door GGD Flevoland gestelde fout van het OLVG is niet zoveel ernstiger dan de eerste fout van de ambulancemedewerkers, dat die fout niet meer kan worden beschouwd als een verwezenlijking van het gevaar met het oog waarop de fout van de ambulancemedewerkers had moeten worden vermeden. Mocht derhalve al sprake zijn van de door GGD Flevoland gestelde situatie dat de schade van [de patiënt] mede het gevolg is van een gebeurtenis waarvoor het OLVG aansprakelijk is, dan leidt dat niet tot afwijzing van de vordering van [de patiënt] jegens GGD Flevoland. In dat geval is de schade ontstaan door een samenloop van oorzaken (waarbij voor zowel de fout van GGD Flevoland als voor de fout van het OLVG geldt dat de schade zonder die fout niet zou zijn ingetreden) en is zowel GGD Flevoland als het OLVG jegens [de patiënt] aansprakelijk voor het geheel van diens schade, met dien verstande dat het ingevolge artikel 6:102 BW gaat om een hoofdelijke aansprakelijkheid.⁴⁶

Hoofdelijke aansprakelijkheid is evenmin zonder meer uitgangspunt wanneer als gevolg van een medische fout bij de patiënt schade *zal* optreden, maar deze oorzaak van de schade ‘wordt ingehaald’ door een tweede fout die direct de schade veroorzaakt, bijvoorbeeld wanneer een patiënt met zekerheid op termijn zal komen te overlijden als gevolg van een onjuist conservatief beleid door de arts, doch direct komt te overlijden aan de gevolgen van een ziekenhuisbacterie. De causaliteit tussen de normschending door de arts en de schade van de patiënt is door de ziekenhuisbacterie als oorzaak van de dood onderbroken.⁴⁷ Bij *momentschade* wordt het standpunt verdedigd dat degene die verantwoordelijk is voor de eerste gebeurtenis aansprakelijk is, indien de schade reeds *onafwendbaar* was door die gebeurtenis.⁴⁸ In het geval van *voortdurende* schade wordt enerzijds het standpunt gehuldigd dat er sprake is van hoofdelijke aansprakelijkheid gedurende de periode dat de gevolgen samenliepen,⁴⁹ en wordt anderzijds het standpunt gehuldigd dat (opnieuw) beslissend is

46 Rechtbank Zwolle-Lelystad 26 mei 2010, *LJN* BN6383.

47 Ook aangeduid als onderbroken causaliteit of überholende Kausalität. Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* 2013, nr. 88 en C.J.M. Klaassen, Monografieën BW, Schadevergoeding: algemeen, deel 2, Deventer: Kluwer 2007, p. 39.

48 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* 2013, nr. 88; C.J.M. Klaassen, Monografieën BW, Schadevergoeding: algemeen, deel 2, Deventer: Kluwer 2007, p. 39-40 en A.R. Bloembergen, Schadevergoeding bij onrechtmatige daad (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1965, nr. 158.

49 Zie R.J.B. Boonekamp, Schadevergoeding (losbl.), aant. 21 bij art. 98 BW.

of de schade reeds onafwendbaar was.⁵⁰ In deze laatste optiek is sprake van een ‘glijdende schaal’ en is steeds doorslaggevend of de tweede gebeurtenis al dan niet effect kon sorteren op het verloop van de schade. Bij deze opvatting wil ik mij aansluiten. Terug naar het voorbeeld betekent een en ander dat, indien het door het conservatieve beleid van de arts onafwendbaar was dat de patiënt zou komen te overlijden, alleen de arts aansprakelijk is. Indien de patiënt echter nog enige tijd te leven had en in die periode een bepaalde promotie had kunnen maken, dan is de *extra schade* – het verlies van de promotiekans, een hoger inkomen en in beginsel een grotere schade voor de nabestaanden – veroorzaakt door de ziekenhuisbacterie en is het ziekenhuis aansprakelijk voor die extra schade. Kon de dood worden afgewend, bijvoorbeeld door een tijdige bijstelling van het conservatieve beleid door een collega-arts, dan zijn de arts en het ziekenhuis hoofdelijk aansprakelijk. Beide gebeurtenissen zijn dan immers als oorzaak van de dood aan te merken.⁵¹ Ook wanneer slechts aannemelijk is dat de normschending de dood op termijn zou hebben veroorzaakt (hypothetische oorzaak) ware het niet dat de dood reeds is ingetreden door de ziekenhuisbacterie, is discussie mogelijk over de hoofdelijke aansprakelijkheid al naar gelang sprake is van momentschade of voortdurende schade. Bij momentschade is de schade reeds ingetreden en geleden als gevolg van de ziekenhuisbacterie voordat deze kon intreden door de fout van de arts. In zoverre is van dubbele veroorzaking geen sprake. Doet zich deze situatie van hypothetische causaliteit voor, dan doet de aansprakelijkheid van de arts voor de mogelijke gevolgen van diens fout niet af aan de aansprakelijkheid van het ziekenhuis.⁵² De arts is om die reden niet verplicht tot vergoeding van de schade.⁵³ Bij voortdurende schade, zoals bij verlies van arbeidsvermogen, wordt door de Hoge Raad niet anders geoordeeld.⁵⁴ Toch wordt in de literatuur de opvatting gehuldigd dat bij voortdurende schade sprake is van twee werkelijke oorzaken met dezelfde gevolgen, die vanaf een bepaald

50 Zie C.J.M. Klaassen, *Monografieën BW, Schadevergoeding: algemeen, deel 2*, Deventer: Kluwer 2007, p. 40 en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* 2013, nr. 88. Zie voor een voorbeeld van twee medische fouten die in geen verband met elkaar stonden en de schade ook zo werd benaderd Rechtbank Maastricht 26 oktober 2011, *LJN* BU7197.

51 Vergelijk de voorbeelden genoemd in Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* 2013, nr. 88. Zie ook C.J.M. Klaassen, *Monografieën BW, Schadevergoeding: algemeen, deel 2*, Deventer: Kluwer 2007, p. 40.

52 Vergelijk voor niet-medische doch vergelijkbare causaliteitskwesies A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1965, p. 225.

53 HR 4 maart 1966, *NJ* 1966, 268, met nt. G.J. Scholten; HR 23 juni 1989, *NJ* 1990, 441 en HR 7 december 2001, *NJ* 2002, 576, met nt. J.B.M. Vranken. Zie voor een bespreking van HR 7 december 2001 ook de annotatie door W.H. van Boom in *AV&S* 2002, 3, p. 90-93. Zie voor literatuur A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1965, p. 225 en A.J. Van, *Onzekerheid over daderschap en causaliteit* (diss. Rotterdam), Arnhem: Gouda Quint 1995, p. 97.

54 HR 2 februari 1990, *NJ* 1991, 292, met nt. C.J.H. Brunner; HR 7 december 2001, *NJ* 2002, 576, met nt. J.B.M. Vranken en HR 23 december 2011, *NJ* 2012, 377, met nt. P. van Schilfgaarde. Zie voor een bespreking van HR 7 december 2001 ook de annotatie door W.H. van Boom in *AV&S* 2002/3, p. 90-93. Zie voor een bespreking van HR 23 december 2011 ook C.J.M. Klaassen, ‘Kroniek causaliteit in het aansprakelijkheidsrecht’, *AV&S* 2012, nr. 5, p. 182-193.

moment samenlopen,⁵⁵ welke opvatting door de Hoge Raad niet lijkt te zijn uitgesloten.⁵⁶ In de literatuur wordt daarbij wel onderscheid gemaakt naar de 'bron' van de voortdurende schade.⁵⁷

Tot slot verdient opmerking dat wanneer de geneeskundige behandeling op basis van een behandelingsovereenkomst plaatsvond binnen de muren van een ziekenhuis, de patiënt geen belang zal hebben bij een onderzoek naar de precieze veroorzaker van zijn schade. In dat geval immers kan het ziekenhuis als centraal adres worden aangesproken voor het verhaal van de schade.⁵⁸ In veel praktijkgevallen zal de discussie over de aansprakelijkheid in geval van meervoudige causaliteit dan ook slechts een hypothetische zijn. Wel blijft zij van belang in die gevallen waarin schade is veroorzaakt door meerdere hulpverleners buiten een ziekenhuisverband, wanneer de onrechtmatige daad grondslag is,⁵⁹ en in die gevallen waarin niet het handelen van een tweede hulpverlener oorzaak is, maar het handelen van een andere derde, zoals een automobilist of een producent.

Een voorbeeld betreft een fout van verschillende hulpverleners bij de behandeling van een wondinfectie van de patiënt. De patiënt in kwestie onderging meerdere operaties in verband met een abces. De artsen hanteerden daarbij steeds een behoudende aanpak, welke aanpak geen steun vond in de praktijk en de literatuur. De tekortkoming van de verschillende artsen werd aangenomen. Vervolgens was aan de orde de vraag of de (verstrekken)de gevolgen – de patiënt kon nagenoeg niet zelfstandig functioneren – in verband stonden met de tekortkomingen. De Rechtbank Utrecht oordeelde dat dit verband moest worden aangenomen, zulks in navolging van het deskundigenbericht daaromtrent. Het stond volgens de deskundige buiten kijf dat het abces een escalatie was van de door de patiënt doorgemaakte infecties. Aangezien het recidiveren van de infecties het gevolg was van het bij geen enkele operatie verwijderen van al het lichaamsvreemd materiaal, moest ook het ontstaan van het abces als gevolg hiervan worden gezien. Oftewel, het tekortschietende handelen van elk der artsen bij elke operatie was *condicio sine qua non* voor het abces. De aansprakelijkheid van elk der artsen kwam evenwel niet aan bod, nu alle artsen in

55 A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1965, p. 231 en 232. Zie ook artikel 3:104 van de *Principles of European Tort Law*.

56 In HR 7 december 2001, *NJ* 2002, 576, met nt. J.B.M. Vranken verwijst de Hoge Raad immers naar 6:102 BW.

57 Opvatting van Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* 2013, nr. 89. Zie ook de uitleg van C.J.M. Klaassen, *Monografieën BW, Schadevergoeding: algemeen, deel 2*, Deventer: Kluwer 2007, p. 40.

58 Zie hoofdstuk 4, par. 4.4 voor de centrale aansprakelijkheid van het ziekenhuis.

59 De centrale aansprakelijkheid geldt alleen voor toegelaten instellingen en abortusklinieken en de relatie met de arts moet zijn gebaseerd op een behandelingsovereenkomst, zie hoofdstuk 4, par. 4.4.2.

hetzelfde ziekenhuis werkzaam waren en het ziekenhuis als centraal adres aansprakelijk werd geacht.⁶⁰

Een ander voorbeeld betreft de casus van een patiënte die zich wegens een asymmetrisch beeld van haar borsten tot een plastisch chirurg wendt met de vraag wat daar aan te doen is. De plastisch chirurg adviseerde de patiënte een reductie van de rechterborst. Wegens omstandigheden kwam de patiënt echter terecht bij een andere plastisch chirurg die een reductie bij beide borsten adviseerde. De uitvoering van de reductie geschiedde door een derde plastisch chirurg. Na het verrichten van de operatie zijn de wonden gaan infecteren en eindigde de patiënte, naast opnieuw een asymmetrie, met een kleinere borstomvang. In de procedure die hierop volgde, kwam vast te staan dat de tweede en derde plastisch chirurg waren tekortgeschoten. De tweede door een onjuist advies te geven en de derde door de methode van reductie van beide borsten uit te voeren. Ook hier was echter het ziekenhuis ingevolge artikel 7:462 BW aansprakelijk.⁶¹

6.2.3 *Conditio sine qua non-verband en een oorzaak die de patiënt wordt toegerekend*

Schade van de patiënt kan zijn veroorzaakt door een enkele normschending door een hulpverlener, uitsluitend het gevolg zijn van een gebrek in een product, veroorzaakt zijn door verschillende gebeurtenissen waarvoor anderen aansprakelijk zijn, maar ook het gevolg zijn van een gebeurtenis die zich binnen de invloedssfeer van de patiënt bevindt (eerder geduid als 'patiëntgerelateerde schade'⁶²). De patiënt is immers geen weerloos object, kan doorgaans verantwoordelijk worden gesteld voor zijn eigen gedrag en heeft bovendien de plicht naar beste weten die inlichtingen te verschaffen en die medewerking te verlenen die de hulpverlener redelijkerwijs voor het uitvoeren van de geneeskundige behandelingsovereenkomst behoeft, aldus artikel 7:452 BW.⁶³ Van de patiënt wordt verwacht dat deze zich naar vermogen inspant.⁶⁴ Komt de patiënt een van de op hem rustende verplichtingen niet na, dan heeft zijn gedrag mogelijk invloed op de omvang van de schade. De gebeurtenis binnen de invloedssfeer van de patiënt kan alleen oorzaak zijn van de schade

60 Rechtbank Utrecht 25 augustus 2010, *LJN* BN7740.

61 Gerechtshof Arnhem, nevenzittingsplaats Leeuwarden 6 juli 2010, *L&S* 2010, 135.

62 Zie hoofdstuk 2, par. 2.2.

63 Zie hoofdstuk 3, par. 3.2.6.

64 Kamerstukken II 1989/90, 21561, nr. 3, p. 33 (MvT).

of – bijvoorbeeld naast de normschending door de hulpverlener – mede oorzaak zijn van de schade.⁶⁵

Voorbeelden van situaties waarin louter de patiënt debet is aan zijn gezondheidsschade betreft die gevallen waarin de patiënt opzettelijk en bij volle bewustzijn, instructies ter (bevordering van de) genezing niet naleeft, zoals het niet innemen van medicatie, het niet nalaten te roken in geval van een aandoening aan de luchtwegen, het nalaten rust te nemen in geval van hartklachten of het niet in acht nemen van een goede mondhygiëne bij klachten van het tandvlees. Hoewel van de hulpverlener een grote mate van inspanning mag worden verwacht om de patiënt ervan te overtuigen dat deze de medicatie had in te nemen of dat stoppen met roken geboden was, treft de hulpverlener geen verwijt als de patiënt desondanks de instructie in de wind slaat.⁶⁶ Voorts kan worden gedacht aan het opzettelijk en onvoorzien verkeerd gebruik van een product. Hoewel de producent rekening moet houden met voorzienbaar verkeerd gebruik van een product, hoeft hij niet te waar-schuwen voor gevaren die zich kunnen voordoen bij *on*voorzienbaar gebruik.⁶⁷ In situaties als deze dient de patiënt de schade zelf te dragen; er is geen ander op wie de schade kan worden afgewenteld.

Het onderscheid tussen een situatie waarbij sprake is van een normschending aan de zijde van de hulpverlener en eigen schuld van de patiënt en die waarbij sprake is van afwezigheid van een tekortkoming is niet altijd even duidelijk. In het geval bijvoorbeeld dat de patiënt om religieuze redenen een bloedtransfusie weigert, kan door toedoen van de patiënt nakoming door de hulpverlener van diens verplichtingen praktisch te bezwaarlijk zijn geworden, zo niet onmogelijk zijn geworden.⁶⁸ Reeds opgemerkt is dat de hulpverlener onder dergelijke omstandigheden niet zonder meer een beroep op overmacht als rechtvaardigingsgrond toekomt.⁶⁹ Wel zou hij zich op eigen schuld van de patiënt kunnen beroepen. Dit neemt niet weg dat de omstandigheden van het geval met zich kunnen brengen dat de bezwaarlijkheid van die mate is, dat wel overmacht aan de zijde van de hulpverlener moet worden aangenomen en aan een beoordeling van eigen schuld van de patiënt niet wordt toegekomen.⁷⁰ Een zelfde discussie

65 Zie voor de relevantie van het onderscheid tussen enige oorzaak en mede-oorzaak ook (in algemene zin) Asser/Hartkamp & Sieburgh, 6-II* 2009, nr. 108.

66 Zie ook A.J.O. van Wassenar van Catwijck en R.H.C. Jongeneel, Eigen schuld en mede-aansprakelijkheid, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 41.

67 Zie hoofdstuk 5, par. 5.4.3.2.

68 Zie voor het voorbeeld Parl. Gesch. Boek 6, p. 264-266.

69 Zie hoofdstuk 4, par. 4.2.1.1. Zie op dit punt voorts D.S. Rambocus, Medisch-Juridische causaliteit (diss. Utrecht), Utrecht 1999, p. 213-217.

70 Zie (algemeen) Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2008, nr. 343.

aangaande afwezigheid van een tekortkoming of eigen schuld van de patiënt speelt in die gevallen waarin de patiënt toestemming heeft verleend of heeft gevraagd om een behandeling die onontkoombaar of zeer waarschijnlijk tot schade leidt. In de literatuur wordt beschreven dat ‘toestemming’ als een vorm van eigen schuld zich niet verhoudt met de aard van de behandelingsovereenkomst en dat het veeleer steeds de vraag is of de hulpverlener wel of niet tekortschiet, die beoordeling behoeft.⁷¹

Ook in de context van de productaansprakelijkheid is niet altijd zonder meer duidelijk of sprake is van een gebrek en eigen schuld of dat het gebrek afwezig moet worden geacht. De producent hoeft, zoals gezegd, geen rekening te houden met onvoorzienbaar gebruik van zijn product. Het gevolg daarvan is dat het product niet gebrekkig is en aan de causaliteitsvraag niet wordt toegekomen. In welke gevallen dan wel van een gebrekkig product en verkeerd gebruik waarvoor eigen schuld bestaat, kan worden gesproken, hangt af van de omstandigheden van het geval; er vindt een weging plaats tussen de voorzienbaarheid en de plicht van de producent daarmee rekening te houden en de plicht van de patiënt zich aan de voorgeschreven wijze van gebruik te houden.⁷²

Voorbeelden van situaties waarin de patiënt mede debet is aan zijn gezondheidsschade betreft die gevallen waarin de patiënt de hulpverlener onvoldoende zijn medewerking aan de behandeling verleent zonder dat daarbij opzet komt kijken, terwijl ook de hulpverlener een norm schendt, bijvoorbeeld omdat hij ten onrechte afgaat op de informatie van de patiënt. Mogelijk is ook dat niet een gedraging van de patiënt zelf van invloed is op de schade, maar dat de schade van de patiënt mede het gevolg is van het handelen van een persoon in zijn directe omgeving, zoals een kind, een partner of een wettelijk vertegenwoordiger. Mogelijk is voorts dat de patiënt tijdens de geneeskundige behandeling een nieuwe aandoening krijgt, die van invloed is op zijn herstel. Tot slot kan worden gedacht aan de situatie waarin de patiënt nalaat om de schade die is ontstaan door een normschending, te beperken.⁷³

71 A.J.O. van Wassenae van Catwijck en R.H.C. Jongeneel, *Eigen schuld en mede-aansprakelijkheid*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 123 en A.J. Akkermans en C.H. van Dijk, ‘Proportionele aansprakelijkheid, omkeringsregel, bewijslastverlichting en eigen schuld: een inventarisatie van de stand van zaken, *AV&S* 2012, nr. 5, p. 157-177. Zie als voorbeeld *Rechtbank Breda* 27 januari 1953, *NJ* 1954, 41 (toestemming shocktherapie).

72 Zie ook L. Dommering-van Rongen, *Produktaansprakelijkheid* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1991, p. 320.

73 De schadebeperkingsplicht wordt als een species van ‘eigen schuld’ gezien, zie *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 351.

Als voorbeeld van een situatie waarin onvoldoende informatie door de patiënt aan de arts en een normschending door de arts debet is aan de schade dient de volgende (fictieve) casus. Een zwangere patiënt meldt zich bij de spoedeisende hulp in verband met een vermoedelijke breuk van het staartbeen. De eerste hulp-arts besluit een röntgenfoto te laten maken. De radioloog informeert vervolgens voorafgaand aan het maken van de foto bij de patiënte of deze op dat moment zwanger is of kan zijn. Immers, tijdens de zwangerschap is de vrucht extra gevoelig voor de nadelige effecten van straling, omdat daarbij sprake is van snelgroeibende weefsels. Als een vrouw zwanger is, wordt in gezamenlijk overleg met de vrouw, de aanvragend arts en de radioloog nagegaan of het röntgenonderzoek kan worden vervangen door een onderzoek waarbij geen straling wordt gebruikt of dat het onderzoek kan worden uitgesteld tot na de zwangerschap. Als een dergelijke aanpak niet verantwoord is vanwege het risico voor de gezondheid van de vrouw en van het ongeboren kind, dient bij het onderzoek de nadruk te liggen op beperking van de hoeveelheid straling, zodat de kans op schade aan de vrucht minimaal is. De patiënte geeft de radioloog te kennen dat zij niet zwanger is, waarop de radioloog overleg pleegt, noch de straling minimaliseert. Bij de eerstvolgende echo van de vrucht blijkt van afwijkingen.⁷⁴

Als voorbeeld van een situatie waarin het gedrag van een persoon in de omgeving van de patiënt mede debet is aan de schade dient de volgende (fictieve) casus. De hulpverlener verstrekt medicatie, die de patiënt thuis dient in te nemen. Thuis blijkt het negenjarige zoontje van de patiënt met de medicijnen te hebben gespeeld en deze te hebben verruild voor snoepjes. De patiënt blijft ernstig ziek door de uitblijvende werking van de medicijnen. De hulpverlener, in de veronderstelling dat de patiënt de juiste medicatie slikt, slaat geen acht op diens klachten, waardoor de ziekte in stand wordt gehouden. De patiënt ondervindt daarvan ernstige gezondheidsschade.

Als voorbeeld van een nieuwe aandoening die van invloed is op het herstel van de patiënt kan worden geacht aan de volgende (fictieve) situatie. De patiënt wordt door een fietser aangereden en komt met een enkelbreuk bij de Spoedeisende hulp. De hulpverlener maakt de fout door bij de patiënt te laat de diagnose 'fractuur' te stellen en behandelt de patiënt voor een kneuzing. Wegens het hierdoor vertraagde genezingsproces blijft de patiënt een tijd arbeidsongeschikt.

74 Zie ook de voorbeelden uit de praktijk van D.S. Rambocus, *Medisch-Juridische causaliteit* (diss. Utrecht), Utrecht 1999, p. 215.

Tijdens zijn verblijf thuis overkomt de man een hartinfarct, waardoor hij een nog langere tijd arbeidsongeschikt blijft.

Voorbeelden van (fictieve) situaties waarin het uitblijven van schadebeperkend gedrag mede debet is aan de schade van de patiënt, kunnen worden onderscheiden in situaties waarin de patiënt handelde of naliet voordat de gebeurtenis die de schade veroorzaakte, plaatsvond – denk bijvoorbeeld aan het geval van een tekortkoming van de tandarts die schade tot gevolg heeft, terwijl ook de slechte mondhygiëne van de patiënt van invloed is – en in situaties waarin de patiënt handelde of naliet nadat de gebeurtenis plaatsvond – denk bijvoorbeeld aan het niet ondergaan van een hersteloperatie of het niet innemen van medicijnen.⁷⁵

Wat in deze gevallen rechtens is, wordt bepaald door artikel 6:101 BW. Uit het eerste lid van dat artikel kan als hoofdregel worden afgeleid dat de schadelijgende patiënt in het geval hij zelf mede een aandeel heeft in de schade, alleen dat deel van zijn schade vergoed krijgt, dat niet in causaal verband staat met dat eigen aandeel. De hoofdregel verwoordt daarmee het gedachtegoed dat een ieder, en dus ook de patiënt, in beginsel zijn eigen schade draagt.⁷⁶ Ook wanneer de schade is veroorzaakt door zowel een gebrek in het product als een gebeurtenis die binnen de invloedssfeer van de patiënt ligt, wordt de aansprakelijkheid van de producent verminderd of opgeheven, rekening houdende met alle omstandigheden, zo volgt uit artikel 6:185, tweede lid, BW. Omdat artikel 8, tweede lid, Richtlijn de interpretatie van het begrip ‘eigen schuld’ overlaat aan het nationale recht,⁷⁷ wordt de causaliteit en de invloed van de eigen schuld van de patiënt op de schadevergoeding evenzeer beoordeeld aan de hand van artikel 6:101, eerste lid, BW.⁷⁸

Toepassing van de hoofdregel van artikel 6:101, eerste lid, BW vereist een juridisch causaal verband tussen de schade en een aan de hulpverlener (krachtens schuld, verkeersopvattingen of wet) toe te rekenen normschending (of in geval van productaansprakelijkheid: een gebrek in het product), alsook een juridisch causaal verband tussen de schade en een aan de patiënt toe te rekenen omstandigheid. Toegerekend worden gedragingen waaraan de

75 Zie over schadebeperking en het onderscheid in handelen/nalaten voor en na de schadeveroorzakende gebeurtenis ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* 2013, nr. 125.

76 Zie T. Hartlief, Ieder draagt zijn eigen schade: enige opmerkingen over de fundamenteën van en ontwikkelingen in het aansprakelijkheidsrecht (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 1997.

77 Kamerstukken II 1985/86, 19636, nr. 3, p. 9 (MvT) en Kamerstukken II 1987/88, 19636, nr. 6, p. 21 (MvA).

78 Vergelijk ook de Principles of European Tort Law, artikel 3:106. Het artikel gaat ervan uit dat het slachtoffer de schade draagt die in zijn risicosfeer ligt.

patiënt (eigen) schuld heeft.⁷⁹ (Eigen) schuld aan de zijde van de patiënt impliceert dat de patiënt – naar de objectieve maatstaven van de redelijk bekwaam en redelijk handelend patiënt – anders had kunnen en moeten handelen.⁸⁰ Heeft de patiënt de hulpverlener niet geïnformeerd of geen medewerking verleend aan de behandeling, dan zal de patiënt dus mogelijk eigen schuld kunnen worden tegengeworpen. Hetzelfde geldt wanneer de patiënt geen maatregelen neemt die in redelijkheid van hem konden worden gevergd om zijn schade die het gevolg is van de normschending door de hulpverlener, te beperken.⁸¹ Kan de patiënt daarentegen niet worden verweten dat hij anders had kunnen en moeten handelen, dan slaagt een beroep van de hulpverlener op eigen schuld van de patiënt niet en blijft de vergoedingsplicht van de hulpverlener geheel in stand.⁸²

Zie voor een voorbeeld van een zaak waarin een beroep werd gedaan op de eigen schuld van de patiënte een zaak die aan de Rechtbank Amsterdam werd voorgelegd. Aan de orde was de dood van de foetus bij een patiënte met zwangerschapsvergiftiging. Het ziekenhuis voerde onder meer het verweer dat van schadevergoeding geen sprake kon zijn, omdat de patiënte de duidelijke informatie en waarschuwing van de verloskundige om rust te betrachten bewust in de wind had geslagen. Eigen schuld werd door de rechtbank in dit geval echter niet aangenomen; de patiënt kon geen verwijt worden gemaakt.⁸³

Een voorbeeld van een zaak waarin de patiënte in redelijkheid kon weigeren zich onder nadere medische behandeling te stellen ter beperking van haar schade betreft een uitspraak van de Rechtbank Arnhem. De rechtbank overwoog

79 Zie in algemene zin Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* 2013, nr. 107-109. Zie over het begrip ‘schuld’ ook A.J.O. van Wassenauer van Catwijck en R.H.C. Jongeneel, *Eigen schuld en mede-aansprakelijkheid*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 21.

80 Parl. Gesch. Boek 6, p. 350-351. Zie voorts (in algemene zin) Asser/Hartkamp & Sieburgh, 6-II* 2009, nr. 107. Zie voor voorbeelden van eigen schuld A.J.O. van Wassenauer van Catwijck en R.H.C. Jongeneel, *Eigen schuld en mede-aansprakelijkheid*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, paragraaf 5.

81 Het niet nemen van schadebeperkende maatregelen is alleen dan aan de patiënt toe te rekenen, indien op grond van de omstandigheden van het geval moet worden geoordeeld dat het nemen van zodanige maatregelen in *redelijkheid* van hem kon worden gevergd. Factoren die een rol spelen bij het bepalen van de grens van de op de patiënt rustende schadebeperkingsplicht zijn de persoon van de dader, de aard van diens activiteiten en de grondslag van diens aansprakelijkheid, zie HR 18 april 1986, NJ 1986, 567, met nt. W.C.L. van der Grinten; HR 29 mei 1998, NJ 1998, 641 en Gerechtshof Leeuwarden 9 september 2008, LJN BF0722. Deze ‘schadebeperkingsplicht’ is overigens geen afdwingbare rechtsplicht. Het is een eigen keuze die, al naar gelang de omstandigheden, voor rekening van de patiënt komt, zie A.L.M. Keirse, *Schadebeperkingsplicht: over eigen schuld aan de omvang van de schade* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2003, p. 72. Zie over schadebeperking in algemene zin ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* 2013, nr. 125 e.v.

82 Het ligt op de weg van de hulpverlener om aan te tonen dat de patiënt niet aan zijn schadebeperkingsplicht heeft voldaan en dat dit van invloed is geweest op de omvang van de schade, zie bijvoorbeeld HR 12 april 1985, NJ 1986, 809, met nt. C.J.H. Brunner en HR 11 juni 2010, NJ 2010, 333.

83 Rechtbank Amsterdam 9 juli 1997, rolnr. H 95.0601 (niet gepubliceerd).

ten aanzien van het verweer van het ziekenhuis dat de patiënte niet aan haar schadebeperkingsplicht had voldaan als volgt: ‘In dit verband moet de vraag worden beantwoord of redelijkerwijs van [de patiënte] kan worden gevergd dat zij zich ter bestrijding van haar pijnklachten aan medisch ingrijpen onderwerpt. Deze vraag wordt ontkennend beantwoord. Betekenis komt bij dit oordeel toe aan de omstandigheid dat niet met voldoende mate van zekerheid vaststaat dat door operatief ingrijpen en/of poliklinische behandeling door middel van inspuiting en/of het slikken van antidepressiva en anti-epileptica de klachten van [de patiënte] kunnen worden verholpen. Geen van deze behandelmogelijkheden worden dermate weinig ingrijpend of weinig risicovol geacht dat [de patiënte] zich daaraan zonder volledige zekerheid over het resultaat ervan behoeft bloot te stellen. Opmerking verdient bovendien dat [de patiënte] stelt het vertrouwen in de medische wereld te zijn verloren, hetgeen geleet op wat haar is overkomen niet onbegrijpelijk is. Onder die omstandigheden kan [de patiënte] niet worden tegengeworpen dat zij weigert zich ter bestrijding van haar klachten verder onder medische behandeling te stellen, zodat voor een beperking van de schadevergoedingsplicht van het Ziekenhuis geen plaats is.’⁸⁴

Andere voorbeelden uit de rechtspraak waarin de patiënt niet kan worden verweten de schade te hebben beperkt zien op de situaties waarin de afbreking van een zwangerschap als gevolg van een onjuiste behandeling van de hulpverlener is mislukt. Hoewel de vrouwelijke patiënt door een afbreking van de zwangerschap haar schade kan beperken, levert het feit dat zij dit nalaat geen eigen schuld op. De keuze tot afbreking van de zwangerschap is immers van zo een persoonlijk karakter dat dit niet mag leiden tot een vermindering of verval van schadevergoeding.⁸⁵

De enkele afwezigheid van schuld bij de patiënt betekent niet dat artikel 6:101, eerste lid, BW toepassing mist. Het artikel spreekt immers van een vermindering van de schadevergoedingsplicht wegens een omstandigheid die de benadeelde wordt *toegerekend*.⁸⁶ Zo

84 Rechtbank Arnhem 20 augustus 2003, *LJN* AL2040. Zie voor een ander voorbeeld Gerechtshof 's-Hertogenbosch 9 juni 2012, *LJN* BW8927.

85 HR 16 april 2010, *NJ* 2010, 229. Zie voorts Rechtbank Zutphen 19 januari 1995, *NJ kort* 1997, 44; Gerechtshof Leeuwarden 27 september 1995, te kennen uit HR 21 februari 1997, *NJ* 1999, 145, met nt. C.J.H. Brunner (Wrongful Birth I); Gerechtshof 's-Gravenhage 10 juli 2007, *LJN* BB2375 en Gerechtshof Amsterdam 18 januari 2007 en 30 september 2008, te kennen uit HR 16 april 2010, *LJN* BL2229.

86 Niet te verwarren met de toerekening als bedoeld in artikel 6:98 BW. Zie over de (mogelijke) verwarring tussen de begrippen R.J.B. Boonekamp, *Schadevergoeding (losbl.)*, aant. 5 bij art. 101 BW. Zie over toerekening in algemene zin HR 27 april 2001, *NJ* 2002, 54 en voorts Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* 2013, nr. 114-

sluit een geestelijke beperking van de patiënt of een leeftijd van dertien jaar of jonger niet uit dat de schadeveroorzakende gedraging de patiënt wordt toegerekend.⁸⁷ De hoofdregel van artikel 6:101, eerste lid, BW houdt bovendien in dat de patiënt zijn schade evenmin volledig vergoed krijgt, indien de schade in causaal verband staat met ‘iets’ of ‘iemand’ waarvoor de patiënt kwalitatief aansprakelijk is of wanneer de schade anderszins voor rekening van de patiënt behoort te blijven.⁸⁸ Zo brengt de hoofdregel met zich dat de patiënt zijn schade niet volledig vergoed krijgt, wanneer het gedrag van zijn kind mede debet is aan de schade: ouders zijn ingevolge artikel 6:169 BW kwalitatief aansprakelijk voor het gedrag van hun minderjarige kind.⁸⁹

Indien het kind in het desbetreffende geval veertien jaar of ouder is, is de situatie in die zin enigszins anders dat aansprakelijkheid van ouders ingevolge artikel 6:169, tweede lid, BW niet aanwezig is, indien zij zich kunnen disculperen en aansprakelijkheid in het geheel niet aanwezig is wanneer het kind ouder is dan zestien. In de literatuur wordt wel verdedigd dat het redelijk is het gedrag van een veertien- en vijftienjarige alleen in die gevallen waarin de ouder zich niet kan disculperen toe te rekenen en dat toerekening van gedrag van kinderen van zestien jaar onredelijk zou zijn.⁹⁰

Is de schade van de patiënt mede te wijten aan het gedrag van de partner van de patiënt, dan is dat evenzeer als een toe te rekenen omstandigheid van invloed op de schadevergoeding. Hoewel er geen wettelijke aansprakelijkheid voor de partner bestaat, wordt het redelijk geacht het gedrag van de partner voor rekening van de patiënt te laten komen.⁹¹

116 en 119; A.J.O. van Wassenauer van Catwijck en R.H.C. Jongeneel, *Eigen schuld en mede-aansprakelijkheid*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, paragraaf 7 en A.L.M. Keirse, *Schadebeperkingsplicht: over eigen schuld aan de omvang van de schade* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2003, p. 85-97.

87 Zie voor ontoerekeningsvatbaarheid en toerekening in algemene zin Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* 2013, nr. 117 en A.J.O. van Wassenauer van Catwijck en R.H.C. Jongeneel, *Eigen schuld en mede-aansprakelijkheid*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, paragraaf 9. Zie voor toerekening van gedrag aan een minderjarige van veertien jaar en jonger Parl. Gesch. Boek 6, p. 352. Ten overvloede: *aansprakelijkheid* van een kind jonger dan veertien jaar is wel uitgesloten, zie artikel 6:164 BW.

88 Dit betreft de zogeheten ‘*reflexwerking*’, zie bijvoorbeeld HR 6 februari 1987, NJ 1988, 57 en HR 4 mei 2001, NJ 2002, 214 (verkeer) en Rechtbank Arnhem 1 mei 1987, NJ 1989, 195 (dieren). Zie in algemene zin Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* 2013, nr. 115-116 en A.J.O. van Wassenauer van Catwijck en R.H.C. Jongeneel, *Eigen schuld en mede-aansprakelijkheid*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 3.

89 Zie hierover ook A.J.O. van Wassenauer van Catwijck en R.H.C. Jongeneel, *Eigen schuld en mede-aansprakelijkheid*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 73 evenals G.M. van Wassenauer, *Handboek Personenschade* (losbl.) *Eigen schuld en mede-aansprakelijkheid*, p. 3140-43.

90 G.M. van Wassenauer, *Handboek Personenschade* (losbl.) *Eigen schuld en mede-aansprakelijkheid*, p. 3140-43 en A.J.O. van Wassenauer van Catwijck en R.H.C. Jongeneel, *Eigen schuld en mede-aansprakelijkheid*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 74-75.

91 Zie (algemeen) HR 20 maart 1959, NJ 1959, 181, met nt. L.E.H. Rutten. Zie ook G.M. van Wassenauer, *Handboek Personenschade* (losbl.) *Eigen schuld en mede-aansprakelijkheid*, p. 3140-43 en A.J.O. van

Een uitzondering zou mogelijk gelden in geval de patiënt een LAT-relatie heeft, of van tafel en bed is gescheiden.⁹² Ook gedragingen van vertegenwoordigers worden doorgaans toegerekend.⁹³ Als voorbeeld kan worden gedacht aan fouten (niet gedragen als een goed vertegenwoordiger) van de curator, de mentor of de persoonlijk gemachtigde van de patiënt. Is de vertegenwoordiger tevens ouder, dan zal evenwel de regel opgaan dat fouten van ouders niet aan het minderjarige kind mogen worden toegerekend.⁹⁴ Toegerekend worden ook omstandigheden zoals een nieuwe (ziekelijke) aandoening die losstaat van een normschending, bijvoorbeeld een hartinfarct. Een dergelijke omstandigheid ligt in de risicosfeer van de patiënt.⁹⁵

Toepassing van de hoofdregel van artikel 6:101, eerste lid, BW brengt met zich dat de vergoedingsplicht van de aansprakelijke hulpverlener of de aansprakelijke producent wordt verminderd, door de schade over de patiënt en de hulpverlener/de producent te verdelen *in evenredigheid* met de mate waarin de aan ieder toe te rekenen omstandigheden tot de schade heeft bijgedragen. Indien de hoegrootheid van de verschillende aandelen niet kan worden vastgesteld, wordt aangenomen dat elke oorzaak voor een gelijk deel heeft bijgedragen en ieder de helft van de schade draagt.⁹⁶

Is de patiënt de fout van een partner of vertegenwoordiger toegerekend, dan kan de patiënt vervolgens regres nemen op die persoon. In familiekringen zal regres overigens niet snel worden uitgeoefend, doch op zich staat de familiale band niet aan regres in de weg.⁹⁷

Een afwijking van de hoofdregel is echter mogelijk, indien de *billijkheid* dit, wegens de uiteenlopende ernst van de (aan beide zijden) gemaakte fouten,⁹⁸ of andere omstandigheden van het geval, eist, aldus het slot van artikel 6:101, eerste lid, BW. Overige omstandigheden

Wassenaer van Catwijck en R.H.C. Jongeneel, *Eigen schuld en mede-aansprakelijkheid*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 71-72.

92 A.J.O. van Wassenaer van Catwijck en R.H.C. Jongeneel, *Eigen schuld en mede-aansprakelijkheid*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 72 en 77.

93 A.J.O. van Wassenaer van Catwijck en R.H.C. Jongeneel, *Eigen schuld en mede-aansprakelijkheid*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 94-95.

94 HR 31 mei 1986, *NJ* 1986, 690, met nt. C.J.H. Brunner.

95 HR 2 februari 1990, *NJ* 1991, 292, met nt. C.J.H. Brunner; HR 27 april 2001, *NJ* 2002, 54 en HR 7 december 2001, *NJ* 2002, 576, met nt. J.B.M. Vranken.

96 HR 9 december 2009, *JA* 2010, 80.

97 Zie bijvoorbeeld HR 8 oktober 2010, *NJ* 2011, 465, met nt. T. Hartlief.

98 Hieronder wordt mede begrepen de mate van verwijtbaarheid, zie HR 5 december 1997, *NJ* 1998, 400 en HR 5 december 1997, *NJ* 1998, 402, met nt. J. Hijma en HR 4 mei 2001, *NJ* 2001, 214, met nt. C.J.H. Brunner. Zie voor een (niet-medisch) voorbeeld HR 5 oktober 2001, *NJ* 2001, 632. Zie voor zo een geringe schuld dat zij als factor werd verwaarloosd HR 16 maart 1973, *NJ* 1973, 407; HR 27 juni 1975, *NJ* 1976, 81 en HR 9 juni 1978, *NJ* 1978, 583.

die een rol spelen zijn bijvoorbeeld de aard van de schade, het al dan niet verzekerd zijn van een partij,⁹⁹ en de aard van de overeenkomst.¹⁰⁰ Naast de ernst van de fout van de hulpverlener, kunnen de aanwezigheid van gezondheidsschade, de omstandigheid dat er een overeenkomst is die op de gezondheid van de patiënt ziet en de omstandigheid dat de hulpverlener is verzekerd tegen het risico van schade er bijvoorbeeld toe leiden dat een andere verdeling tot stand komt of dat de gehele vergoedingsplicht van de hulpverlener in stand blijft.¹⁰¹ Ook de jeugdige leeftijd van de patiënt of diens wilsonbekwaamheid kan een reden zijn om de billijkheidscorrectie in het voordeel van de patiënt toe te passen. Jurisprudentie op dit punt heeft zich gevormd in het kader van aansprakelijkheid voor verkeersongevallen met alle gevaren en verzekeringsaspecten van dien. Is een kind van veertien jaar of jonger 'slachtoffer' dan is 'regel' dat de schadevergoedingsplicht van de dader geheel in stand wordt gelaten, tenzij het kind opzet of bewuste roekeloosheid kan worden verweten.¹⁰² Voor kinderen ouder dan veertien jaar of andere 'zwakkeren' wordt een minder stringent regime gehanteerd.¹⁰³ Toch krijgen ook zij vijftig procent van hun schade vergoed, ook al is hun causale bijdrage groter, behoudens opzet of bewuste roekeloosheid.¹⁰⁴ Het lijkt niet ondenkbaar dat de geformuleerde 'regels' ook gelden voor situaties buiten verkeersongevallen, waarin eveneens een ernstig gevaar in het leven is geroepen en waar eveneens een ten opzichte van de patiënt 'sterkere' partij (de hulpverlener, de producent) in het geding is.¹⁰⁵

Zie voor een voorbeeld van een situatie waarin de schadevergoedingsplicht door toepassing van de billijkheidscorrectie volledig in stand bleef een zaak die

99 Zie bijvoorbeeld HR 4 mei 2001, *NJ* 2001, 214, met nt. C.J.H. Brunner en uit de lagere rechtspraak Gerechtshof Arnhem 7 juni 2005, *LJN* AT7054 en Rechtbank Groningen 5 september 2007, *LJN* BB3122. Zie voorts Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* 2013, nr. 121-122. De verzekeraarbaarheid op zich is niet doorslaggevend, zie HR 21 september 2007, *NJ* 2008, 241, met nt. J.B.M. Vranken.

100 Parl. Gesch. Boek 6, p. 352. Zie ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* 2013, nr. 123.

101 Hoewel de ook wel gebruikte term 'billijkheidscorrectie' doet denken aan een marginaal correctief, is dat niet het geval, zie HR 5 december 1997, *NJ* 1998, 400 en HR 5 december 1997, *NJ* 1998, 402, met nt. J. Hijma. Toepassing van de billijkheidscorrectie moet de rechter motiveren (wat is causaal en wat is billijk) en kan in cassatie worden getoetst, zie HR 13 januari 2006, *NJ* 2006, 59 en HR 28 september 1990, *NJ* 1991, 473. Welke causaliteitsverdeling de rechter heeft toegepast in het geval de billijkheidscorrectie ertoe leidt dat de schadevergoedingsplicht van de aansprakelijke partij geheel in stand blijft, hoeft echter niet te worden gemotiveerd, zie HR 3 juni 2005, *NJ* 2005, 286.

102 HR 30 juni 1978, *NJ* 1978, 685, met nt. G.J. Scholten; HR 20 februari 1987, *NJ* 1987, 483, met nt. C.J.H. Brunner; HR 1 juni 1990, *NJ* 1991, 720, met nt. C.J.H. Brunner en HR 31 mei 1991, *NJ* 1991, 721, met nt. C.J.H. Brunner.

103 HR 28 februari 1992, *NJ* 1993, 566 en HR 24 december 1993, *NJ* 1995, 236, met nt. C.J.H. Brunner.

104 Zie over de mate van bewustheid bij het oudere slachtoffer HR 30 maart 2007, *NJ* 2008, 64, met nt. T. Hartlief. Zie voor een verderstrekkende opinie G.M. van Wassenae, '14-Jarigen en de billijkheidscorrectie', *VR* 2009, nr. 1, p. 8.

105 Aanwijzingen daarvoor zijn te vinden in HR 8 december 1989, *NJ* 1990, 778, met nt. C.J.H. Brunner. Zie ook Gerechtshof's-Gravenhage 7 januari 1988, *VR* 1990, 80, met nt. A.J.O. van Wassenae van Catwijck en Rechtbank Utrecht 7 september 1988, *VR* 1991, 83.

aan het Gerechtshof 's-Gravenhage werd voorgelegd. Nadat de behandelend arts hun 'verboden' (seksuele) relatie had beëindigd, verliet de patiënte tijdens een wandeling met de psychologe van het ziekenhuis waar de patiënte verbleef, het terrein van het ziekenhuis en wierp zij zich voor een naderende trein. Als gevolg hiervan moesten haar beide onderbenen worden geamputeerd. In de procedure die volgde, vorderde de patiënte schadevergoeding. Het ziekenhuis deed een beroep op eigen schuld van de patiënte. Het hof overwoog op dit punt als volgt: 'Het hof overweegt dat het feit dat appellante op zeker moment is weggelopen van de psychologe en in de richting van de spoorlijn is gelopen alwaar zij zich voor een rijdende trein heeft geworpen, weliswaar omstandigheden zijn die tot de schade hebben bijgedragen, doch dat deze omstandigheden in het onderhavige geval slechts in zeer geringe mate aan appellante kunnen worden toegerekend in de zin van art. 6:101 BW. Voldoende aannemelijk is dat de suïcidepoging van appellante plaats vond onder invloed van haar psychiatrische ziekte, gevoegd bij een op dat moment bij appellante aanwezige hevige emotionele gemoedstoestand. Van deze beide aspecten waren het hoofd medische dienst en de psychologe op de hoogte. Zij waren – althans moesten dat redelijkerwijs zijn – eveneens op de hoogte van de verhoogde kans dat appellante onder deze omstandigheden een suïcidepoging zou doen, doch hebben nagelaten maatregelen te nemen om appellante tegen zichzelf te beschermen. Nu appellante op het moment van haar suïcidepoging aan de zorg van het ziekenhuis was toevertrouwd, en het ziekenhuis (in de personen van het hoofd medische dienst en de psychologe) ernstig in die zorg is tekortgeschoten, is het hof van oordeel dat voorzover al sprake is van enige mate van eigen schuld bij appellante, de billijkheid in dit geval eist dat de vergoedingsplicht van het ziekenhuis geheel in stand blijft. Het beroep op eigen schuld wordt derhalve verworpen.'¹⁰⁶

Tot slot wordt opgemerkt dat de verdeling van de schade over de hulpverlener/de producent en de patiënt gecompliceerder kan worden naarmate het aantal aansprakelijke hulpverleners of producenten toeneemt. Voor dergelijke gevallen biedt artikel 6:102, tweede lid, BW echter een oplossing. Wanneer de schade mede een gevolg is van een omstandigheid die aan de patiënt kan worden toegerekend, wordt artikel 6:101, eerste lid, BW op de vergoedingsplicht van ieder van de (voor dezelfde schade) aansprakelijke hulpverleners of producenten afzonderlijk toegepast, met dien verstande dat de patiënt in totaal van hen niet meer kan vorderen dan hem zou zijn toegekomen, indien slechts één hulpverlener of

106 Gerechtshof 's-Gravenhage 18 december 2007, *LJN* BC1132.

producent aansprakelijk zou zijn geweest.¹⁰⁷ De patiënt heeft de keuze welke hulpverlener of producent hij aanspreekt. Spreekt de patiënt hulpverlener A aan, dan worden alleen de normschending door hulpverlener A en de eigen schuld van de patiënte gewogen.¹⁰⁸ De hulpverlener kan op zijn beurt regres nemen op hulpverlener B voor dat deel dat de andere hulpverlener aangaat, zo wordt opgemaakt uit artikel 6:102, eerste lid, BW in combinatie met artikel 6:10, tweede lid, BW.¹⁰⁹ Dit deel kan door de billijkheidscorrectie worden aangepast, wegens de uiteenlopende ernst van de fouten en overige omstandigheden van het geval.¹¹⁰

6.3 HET BEWIJS VAN HET CONDICIO SINE QUA NON-VERBAND

6.3.0 *Opmerkingen vooraf*

In deze paragraaf wordt ingegaan op de vraag wie het condicio sine qua non-verband tussen het gedrag of de gebeurtenis en de door de patiënt geleden schade moet stellen en, bij betwisting, moet bewijzen (par. 6.3.1). Tevens wordt ingegaan op mogelijke problemen die worden ondervonden bij de bewijslevering (par. 6.3.2) en welke oplossingen voorhanden zijn (par. 6.3.3 – 6.3.5).

6.3.1 *Stelplecht- en bewijslastverdeling*

Conform de hoofdregel van artikel 150 Rv moet de patiënt stellen dat de schade zonder de normschending door de hulpverlener niet was ingetreden.¹¹¹ De patiënt beroept zich immers op het rechtsgevolg ‘schadevergoeding’ van de door hem gestelde normschending. Is de grondslag voor het verhaal van schade de risicoaansprakelijkheid van de producent voor een gebrekkig product, dan volgt de stelplecht uit artikel 6:188 BW; de patiënt dient te stellen dat zijn schade zonder het gebrek in het product niet was ingetreden.¹¹² Voldoet de patiënt niet aan zijn stelplecht, dan zal zijn vordering worden afgewezen.

107 Zie ook G.M. van Wassenauer, *Handboek Personenschade* (losbl.) Eigen schuld en mede-aansprakelijkheid, Deventer: Kluwer juli 2009, p. 3140-63. Zie voor voorbeelden HR 21 januari 1977, *NJ* 1977, 386, met nt. A.R. Bloembergen en HR 2 december 2005, *NJ* 2006, 444, met nt. J.B.M. Vranken.

108 Zie voor een uitleg en een beschrijving van mogelijke problemen A.J.O. van Wassenauer van Catwijck en R.H.C. Jongeneel, *Eigen schuld en mede-aansprakelijkheid*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 174-189.

109 A.J.O. van Wassenauer van Catwijck en R.H.C. Jongeneel, *Eigen schuld en mede-aansprakelijkheid*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 185.

110 Zie A.J.O. van Wassenauer van Catwijck en R.H.C. Jongeneel, *Eigen schuld en mede-aansprakelijkheid*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 186-188 voor voorbeelden.

111 HR 20 april 2007, *VR* 2007, 133, met nt. G.M. van Wassenauer; HR 15 juni 2007, *NJ* 2007, 335; HR 7 december 2007, *NJ* 2007, 644 (foetale nood) en HR 19 maart 2004, *NJ* 2004, 307, met nt. W.D.H. Asser (Seresta-arrest).

112 Zie voor een voorbeeld Rechtbank Arnhem 25 juni 2008, *LJN* BD6338 (medicijn Tegretol).

Een voorbeeld van onvoldoende onderbouwing van stellingen ter zake het causaal verband met een directe afwijzing tot gevolg betreft een patiënte die stelde dat zij als gevolg van onjuiste diagnose schade had geleden. Door de onjuiste diagnose was de patiënte ten onrechte blijven doorlopen met een gebroken kuitbeen. Dit had tot gevolg dat het herstelproces langer was. Verder had zij als gevolg van de fout een misvormde voet, rugklachten en langdurig helse pijnen en psychische schade ondervonden, aldus de patiënte. De hulpverlener betwistte dat het te laat stellen van de juiste diagnose tot een ander genezingsproces had geleid. De rechtbank oordeelde vervolgens dat de patiënte met (medische) bescheiden had moeten onderbouwen dat zij een misvormde voet had, mank liep, rugklachten had en psychische schade had geleden. Ook haar stelling dat haar huidige pijnklachten zouden zijn toe te schrijven aan de veronderstelde fout van de hulpverlener had zij met (medische) bescheiden van haar huidige behandelaar moeten onderbouwen, aldus de rechtbank. Door afwezigheid van die onderbouwing werd de vordering afgewezen.¹¹³

De *hulpverlener* en de *producent* dienen de stellingen van de patiënt te betwisten, willen zij van een schadevergoedingsplicht worden bevrijd. Daarbij wordt opgemerkt dat op zowel de hulpverlener als de producent een verzwaarde motiveringsplicht rust en dat zij ter motivering van hun betwisting van de stellingen van de patiënt, de patiënt voldoende feitelijke gegevens moeten verschaffen.¹¹⁴ Wordt de stelling van de patiënt niet betwist, dan zal de rechter uitgaan van de stellingen van de patiënt en diens vordering toewijzen, tenzij deze hem ongegrond of onrechtmatig voorkomt.¹¹⁵ Het is eveneens aan de hulpverlener en de producent om eigen schuld van de patiënt te stellen of een ander bevrijdend verweer aan te voeren.¹¹⁶

Als beide partijen voldoende onderbouwd hun standpunt naar voren hebben gebracht, maar het *condicio sine qua non*-verband nog niet vaststaat, dan zal de rechter ingevolge de hoofdregel van artikel 150 Rv van de patiënt verlangen dat hij het bewijs levert van zijn stelling dat de schade zonder de normschending of het gebrek in het product niet was

113 Rechtbank Maastricht 23 maart 2011, *LJN* BQ0800. Zie voor een voorbeeld ook Rechtbank 's-Gravenhage 15 februari 2012, *LJN* BV6803.

114 HR 20 november 1987, *NJ* 1988, 500, met nt. W.L. Haardt (Timmer/Deutman). Zie nader par. 4.2.2.3 over de verzwaarde motiveringsplicht van de hulpverlener. Zie voor de verzwaarde motiveringsplicht van de producent Rechtbank Haarlem 11 november 2009, *LJN* BK3267 en Rechtbank Haarlem 11 november 2009, *LJN* BK3259, alsmede hoofdstuk 5, par. 5.4.3.3.

115 In geval van verstek artikel 139 Rv.

116 Zie onder meer HR 11 juni 2010, *NJ* 2010, 333. Zie voor een voorbeeld in een kwestie van productaansprakelijkheid (niet-medische zaak) Gerechtshof Arnhem 14 oktober 2003, *LJN* AM2330.

ingetreden.¹¹⁷ Dit bewijs kan worden geleverd door alle middelen, tenzij de wet anders bepaalt, aldus artikel 152 Rv. De patiënt zal doorgaans het bewijs leveren door middel van het bericht van een medisch deskundige. De hulpverlener of de producent op zijn beurt zal het bewijs moeten leveren van de eigen schuld van de patiënt, maar ook van de andere verweren, die als bevrijdend verweer moeten worden aangemerkt.

Een voorbeeld van de bewijslast bij een bevrijdend verweer betreft een patiënte die een gynaecoloog consulteerde in verband met de afbreking van haar zwangerschap die toen zes weken en vier dagen was gevorderd. De gynaecoloog had een vacuümcurettage uitgevoerd en de patiënte tweemaal gecontroleerd. Bij de tweede controle was een echo gemaakt, waaruit bleek dat zij nog steeds zwanger was, inmiddels zestien à zeventien weken. De patiënte zag af van een tweede abortusingreep. Zij spande vervolgens een procedure aan tegen de gynaecoloog en het ziekenhuis, stellende dat de gynaecoloog was tekortgeschoten en dat de geboorte van haar zoon daarvan het gevolg was. De rechtbank wees de vorderingen af wegens het ontbreken van een causaal verband tussen de geboorte van het kind en de mislukte vacuümcurettage. Het hof daarentegen ging uit van het causaal verband, maar liet het ziekenhuis toe te bewijzen dat de patiënte aan de gynaecoloog had meegedeeld dat zij haar zwangerschap niet wilde afbreken, omdat zij inmiddels een kind wenste. Bij eindarrest oordeelde het hof dat het ziekenhuis niet in dat bewijs was geslaagd. In cassatie klaagde het ziekenhuis er zonder succes over dat het de bewijslast had gekregen. Het standpunt dat het patiëntes eigen wens was om een kind ter wereld te brengen, moest immers worden aangemerkt als een bevrijdend verweer en de bewijslast terzake rust op degene die dit bevrijdend verweer opwerpt, aldus de Hoge Raad.¹¹⁸

Te bewijzen feiten die door de patiënt niet worden bewezen, komen in het geding niet vast te staan. Het gevolg is dat de op die feiten gebaseerde stelling – de schade zou niet zijn ingetreden zonder normschending, zonder gebrek in het gebrek – die aan de vordering van de patiënt ten grondslag ligt, niet opgaat. Afwezigheid van een *condicio sine qua non*-verband tussen het gedrag of de gebeurtenis en de schade van de patiënt leidt tot een afwijzing van de vordering tot schadevergoeding.¹¹⁹ Het hebben van de bewijslast impliceert

117 HR 20 april 2007, VR 2007, 133, met nt. G.M. van Wassenauer; HR 15 juni 2007, NJ 2007, 335; HR 7 december 2007, NJ 2007, 644 (foetale nood), en HR 19 maart 2004, NJ 2004, 307, met nt. W.D.H. Asser (Seresta-arrest).

118 HR 16 april 2010, NJ 2010, 229. Zie voor een bespreking van het arrest ook C.J.M. Klaassen, 'Kroniek causaliteit in het aansprakelijkheidsrecht', *AV&S* 2012, nr. 5, p. 182-193.

119 Zie bijvoorbeeld Gerechtshof Leeuwarden 22 februari 2006, LJN AV2474; Rechtbank Maastricht 13 juli 2005, JA 2006, 44, met nt. M. Zaadhof; Rechtbank Dordrecht 23 april 2008, LJN BD0513; Rechtbank 's-Gravenhage

dus een bewijsrisico.¹²⁰ Een afwijking van de hoofdregel van bewijslastverdeling wordt niet snel aangenomen, maar wel kunnen de (wel) vaststaande feiten en omstandigheden met zich brengen dat van het vermoeden van het *condicio sine qua non*-verband tussen de normschending en de schade van de patiënt of het gebrek in het product en de schade van de patiënt wordt uitgegaan.¹²¹

6.3.2 *Mogelijke problemen bij het leveren van het bewijs van het condicio sine qua non-verband*

6.3.2.1 **Onzekerheid over de invloed van de normschending op de schade**

Een normschending tegen de achtergrond van een geneeskundige behandeling kent vele gedaanten. Er kan een verkeerde diagnose zijn gesteld, de diagnose kan te laat zijn gesteld, het onderzoek kan onvoldoende zijn, er kunnen ongeschikte medische hulpzaken zijn gebruikt, de operatie kan onjuist zijn uitgevoerd, enzovoorts. Steeds is het de vraag of de schade was uitgebleven zonder de normschending door de hulpverlener.

Een voorbeeld van een zaak waarin het *condicio sine qua non*-verband ter discussie stond en door de rechter werd aangenomen, betreft het verband tussen het plaatsen van een onjuiste maat prothese en de schade van de patiënt. Bij de operatie van de patiënt had de orthopedisch chirurg de rechterknie van de patiënt vervangen door een totale knieprothese. De chirurg had in de voorbereidingsfase een dijbeenprothese maat G voor de patiënt geïndiceerd. Tijdens de operatie bleek een extra grote maat H nodig te zijn. Deze was op dat moment niet beschikbaar. De chirurg heeft vervolgens prothese maat G geplaatst. Na de operatie klaagde de patiënt over pijn en instabiliteit van de rechterknie. Hij stelde de chirurg en het ziekenhuis aansprakelijk voor de hierdoor geleden schade. Betwist werd onder meer dat de instabiliteitsklachten waren veroorzaakt door de verkeerde maat prothese. Nadat het hof had vastgesteld dat van een tekortkoming sprake was, oordeelde het tevens dat het *condicio sine qua non*-verband wel degelijk aanwezig was. Het hof overwoog daartoe dat de patiënt aannemelijk had gemaakt dat zijn rechterknieprothese instabiel was en dat deze instabiliteit en de daarmee samenhangende klachten met een redelijke mate van waarschijnlijkheid het gevolg waren van de tekortkoming. Het hof

6 oktober 2009, *LJN* BK0176; Rechtbank Amsterdam 14 juli 2010, *JA* 2011, 4, met nt. L.C. Dufour; Rechtbank Arnhem 17 november 2010, *LJN* BO4628 en Gerechtshof Arnhem 13 november 2012, *LJN* BZ1776.

120 Zie I. Giesen, Bewijs en aansprakelijkheid. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de bewijslast, de bewijsvoeringslast, het bewijsrisico en de bewijsrisico-omkering in het aansprakelijkheidsrecht (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001 en W.D.H. Asser, Bewijslastverdeling, Deventer: Kluwer 2004, p. 53.

121 Zie nader par. 6.3.4.1 in het kader van de omkeringsregel, welke regel een bewijsvermoeden behelst.

achtte redengevend dat de patiënt voor de operatie geen instabiliteitsklachten had, dat een maat H geïndiceerd was, maar een maat G geplaatst was, dat bij het plaatsen van een relatief kleine prothese een verhoogde kans bestaat op instabiliteit en dat de geraadpleegde deskundige oordeelde dat de totale knieprothese instabiliteit vertoonde.¹²²

Een *condicio sine qua non*-verband werd ook aangenomen tussen het ten onrechte te lang toedienen van medicatie door een tandarts en een scala aan klachten. De rechtbank stelde het *condicio sine qua non*-verband vast aan de hand van de volgende omstandigheden:

a. tussen partijen stond vast dat de patiënt een gezonde 64-jarige man was die geen medicijnen gebruikte, nooit onder specialistische behandeling stond en in een uitstekende lichamelijke en geestelijke conditie verkeerde; b. de klachten van de patiënt waren ontstaan na het toedienen door de tandarts van het middel Ultracaïne; c. deze klachten corresponderen met de in de bijsluiters van het middel Ultracaïne beschreven mogelijke bijwerkingen en d. uitgebreid intern onderzoek door zowel de huisarts van de patiënt als het ziekenhuis had geen (andere) oorzaak van de klachten van de patiënt aan het licht gebracht. Het hof volgde de rechtbank hierin ondanks de daartegen aangevoerde grief.¹²³

Nog een voorbeeld van een zaak waarbij het *condicio sine qua non*-verband ter discussie stond, doch dit door de rechter werd aangenomen, betreft het eerder besproken arrest over baby Kelly. De normschending door de verloskundige was gelegen in het nalaten prenatale diagnostiek te verrichten. Het ziekenhuis en de verloskundige stelden dat de schade haar oorzaak vond in de bij het kind aanwezige chromosomale afwijking en dat daarom het causaal verband tussen het nalaten en de schade ontbrak. Het ziekenhuis en de verloskundige miskenden evenwel dat een juiste familieanamnese en daarop gevolgde consultatie van een klinisch geneticus tot nader onderzoek zou hebben geleid waardoor de chromosomale afwijking van de vrucht aan het licht zou zijn gekomen, naar aanleiding waarvan de moeder in overleg met de vader tot afbreking van haar zwangerschap zou hebben besloten. Oftewel, zonder de fout was de zwangerschap afgebroken. De door de verloskundige gemaakte fout stond daarom in het tot de schade vereiste *condicio sine qua non*-verband.¹²⁴

122 Gerechtshof Amsterdam 22 juni 2010, *JA* 2011, 1, met nt. R.W.M. Giard.

123 Gerechtshof Amsterdam 7 juni 2011, *LJN* BR1232.

124 HR 18 maart 2005, *NJ* 2006, 606, met nt. J.B.M. Vranken (Baby Kelly).

Tot slot een voorbeeld waarin *condicio sine qua non*-verband werd aangenomen door de Rechtbank Arnhem. Een KNO-arts had verzuimd voorafgaand aan een operatieve ingreep een CT-scan te maken ter plaatse van de bijholte. Tijdens de operatie trad een slagaderlijke bloeding op. Dat er geen CT-scan was gemaakt leverde een tekortkoming op. Was de CT-scan wel gemaakt dan zou de specifieke anatomische variatie van de patiënt zijn gezien. De rechtbank ging er dan ook vanuit dat bij afwezigheid van de tekortkoming de bloeding niet was opgetreden.¹²⁵

Vaak is echter niet duidelijk of de schade zonder de normschending wel was uitgebleven. De reden is dat er niet in elk geval wetenschap vooraf is over het verloop van de ziekte of het genezingsproces zonder de fout van de hulpverlener of zonder het gebrek in het product, nu de bijzondere gezondheidssituatie van de patiënt mede van invloed kan zijn en ook herstel beïnvloedbaar is door menselijk gedrag. Dit maakt het leveren van het bewijs complex. Hoewel ook een kansverhoging reden kan zijn om *condicio sine qua non*-verband aan te nemen,¹²⁶ en het geen noodzakelijke voorwaarde is dat het *condicio sine qua non*-verband met absolute zekerheid kan worden vastgesteld, wordt de vordering van de patiënt afgewezen als de kans zeer klein is dat de schade zonder normschending was uitgebleven of als er geen redelijke mate van waarschijnlijkheid is dat de schade was uitgebleven. Er hangt dus veel af van de stelling van de patiënt over het *condicio sine qua non*-verband en het daarvoor bijgebrachte bewijs.

Een voorbeeld waarbij het *condicio sine qua non*-verband ter discussie stond, maar niet kwam vast te staan, betreft de tekortkoming van een waarnemend huisarts. De arts in kwestie was gebeld door een bezorgde echtgenote nu haar man reeds lange tijd sliep na het innemen van het medicijn Seresta. Uiteindelijk bleek de man te zijn overleden. De arts trof het verwijt de ernst van de situatie onvoldoende te hebben ingeschat. Aan de orde was vervolgens de vraag of de dood van de man het gevolg was van de tekortkoming. De rechtbank oordeelde van wel, doch het hof kon geen *condicio sine qua non*-verband vaststellen nu geen obductie was gepleegd, de doodsoorzaak dus niet kon worden vastgesteld

¹²⁵ Rechtbank Arnhem 4 juli 2007, VR 2008, 130, ook besproken door M.J.J. de Ridder in 'Kroniek rechtspraak civiel recht', *TvGr* 2010, nr. 3, p. 199.

¹²⁶ Zie bijvoorbeeld Gerechtshof Amsterdam 22 juni 2010, JA 2011, 1, met nt. R.W.M. Giard en Rechtbank Rotterdam 14 maart 2012, LJN BV9542. Zie voor een bespreking van kansverhoging A.J. Van, *Onzekerheid over ouderschap en causaliteit* (diss. Rotterdam), Arnhem: Gouda Quint 1995, p. 192-196, met verwijzing naar onder meer HR 25 juni 1993, NJ 1993, 686, met nt. P.A. Stein.

en niet kon worden uitgesloten dat ‘iets anders’ dan de tekortkoming de dood had veroorzaakt. De Hoge Raad volgde het hof.¹²⁷

Een ander voorbeeld van een zaak waarin het *condicio sine qua non*-verband niet kwam vast te staan betreft een zaak waarin de gevolgen van een ontbrekende sterilisatie van instrumentarium ter discussie stonden. Hoewel het ontbreken van sterilisatie als een tekortkoming werd aangemerkt, werd de vordering van de patiënt afgewezen omdat de kans dat de bij de patiënt in zijn oog ontstane infectie het gevolg was van die fout dusdanig klein was, dat het *condicio sine qua non*-verband niet kon worden aangenomen. Veeleer was het aannemelijk dat sprake was een endogene (patiënteigen) oorzaak.¹²⁸

Condicio sine qua non-verband kwam evenmin vast te staan tussen het overlijden van een elf maanden oude baby en het handelen van een huisarts. Vast stond dat de huisarts onvoldoende de ernst van de situatie van de baby had onderkend. Hij had de kinderarts moeten consulteren die dan naar alle waarschijnlijkheid de huisarts zou hebben geadviseerd om de baby in te sturen. De kinderarts zou vervolgens een klinische behandeling hebben ingesteld. Ter discussie stond de vraag of het overlijden van het kind het gevolg was van de vertraagde behandeling waaraan de huisarts debet was. Het hof in kwestie raadpleegde ter beantwoording van deze vraag een deskundige. De deskundige kwam tot het oordeel dat de baby waarschijnlijk toch zou zijn overleden gezien de zeer ernstige verstoring van het interne milieu (bloed en de weefselvloeistof) van de baby. Het hof leidde uit dit oordeel af dat de baby was overleden als gevolg van zijn slechte conditie en dat de overlevingskansen minimaal waren. Het handelen van de arts was niet als oorzaak van het overlijden aan te merken, aldus het hof.¹²⁹

Zie voor een laatste voorbeeld van een zaak waarin het *condicio sine qua non*-verband niet werd aangenomen de zaak betreffende een patiënt die na een apoplexie (bloeding) in een hypofysetumor blind was geworden. De patiënt stelde dat de blindheid het gevolg was van het nalaten van de artsen om tijdig

127 HR 19 maart 2004, *NJ* 2004, 307, met nt. W.D.H. Asser (Seresta-arrest). Zie voor een vergelijkbare zaak Rechtbank Dordrecht 23 april 2008, *LJN* BD0513.

128 Rechtbank Arnhem 17 november 2010, *LJN* BO4628.

129 Gerechtshof Arnhem 15 maart 2011, *JA* 2011, 81. Zie voor vergelijkbare zaken (delay in de behandeling) Rechtbank Zutphen 29 augustus 2002, *LJN* AE7282; Rechtbank 's-Hertogenbosch 1 december 2004, *LJN* BQ3280; Rechtbank 's-Gravenhage 6 oktober 2009, *LJN* BK0176; Rechtbank Rotterdam 29 september 2010, *LJN* BO3180; Gerechtshof Amsterdam 15 februari 2011, *LJN* BR6420 en Rechtbank Middelburg 16 november 2011, *JA* 2012, 36.

in te grijpen. Het kon echter niet worden aangenomen dat zonder de vermeende fouten de tumor niet alleen eerder ontdekt zou zijn, maar ook zou zijn verwijderd voordat de bloeding optrad. Alleen in dat geval was er een kans dat blindheid was uitgebleven. Bij haar oordeel achtte de rechtbank van belang dat het niet vaak voorkomt dat een bloeding optreedt bij een patiënt zoals eiser en met name ook dat als een tumor in het hypofysegebied wordt ontdekt, dat op zich nog geen aanleiding is om met spoed te opereren teneinde een apoplexie te voorkomen.¹³⁰

Ook wanneer de producent aansprakelijk is voor het in het verkeer brengen van een gebrekkig product, zal het voor de patiënt niet altijd eenvoudig zijn om aan te tonen dat het gebrekkig product van invloed is geweest op het verloop van zijn genezingsproces. Mogelijk slaagt de patiënt er eenvoudig in te stellen en te bewijzen dat door de breuk van een geïmplanteerde hartklep het hart niet goed werkt en vervanging noodzakelijk is. Mogelijk slaagt de patiënt er ook in te bewijzen dat hij door de verhoogde kans op slijtage van het isolatiemateriaal van de endocardiale defibrillatie-elektrodes schokken in de hartstreek ervaart. Mogelijk slaagt de patiënt er voorts in te bewijzen dat door een lek in de borstprothese siliconendeeltjes in de bloedbaan terecht komen. Veel moeilijker is het echter om aan te tonen dat het gebrek in een geneesmiddel een bepaald carcinoom, een verhoogde kans op cardiovasculaire problemen of veranderingen in de zintuiglijke waarneming heeft veroorzaakt.¹³¹ Op voorhand is niet duidelijk dat deze problemen niet ook zouden zijn opgetreden als het product niet gebrekkig was geweest.

6.3.2.2 Onzekerheid over de keuze die de patiënt zou hebben gemaakt

Op de hulpverlener rust ingevolge artikel 7:448 BW de plicht de patiënt te informeren. Deze informatieplicht kan zien op instructies die de patiënt in acht moet nemen, teneinde te voorkomen dat de patiënt schade lijdt. Een schending van deze plicht kan ertoe leiden dat de patiënt geen (zichzelf beschermende) maatregelen in acht neemt, nadat deze een bepaalde ingreep heeft ondergaan. Zo moet intravaginaal seksueel contact na een baarmoederengreep achterwege worden gelaten in verband met de kans op een nabloeding. Indien de vrouwelijke patiënt – daarover niet over geïnstrueerd – toch seksueel contact heeft en er een nabloeding optreedt, dan lijdt de patiënte schade. Komt vast te staan dat de patiënte zonder de nalatigheid geen intravaginaal seksueel contact had gehad en de schade niet was ingetreden, dan is het *condicio sine qua non*-verband gegeven en is de hulpverlener aansprakelijk voor de schade van de patiënte.

¹³⁰ Rechtbank Utrecht 10 februari 2010, *LJN* BL4050.

¹³¹ Zie de bewijsproblemen in de zaken HR 9 oktober 1992, *NJ* 1994, 535, met nt. C.J.H. Brunner (DES); Rechtbank Haarlem 11 november 2009, *LJN* BK3267 (Vioxx) en HR 30 juni 1989, *NJ* 1990, 652, met nt. C.J.H. Brunner (Halcion-arrest) met de afwikkeling door de Rechtbank Arnhem 20 januari 2010, *LJN* BL2340.

Het voorbeeld is ingegeven door een oordeel van het Gerechtshof's-Hertogenbosch. Ter discussie stond onder meer de vraag of de hulpverlener de patiënt had ingelicht over het achterwege laten van intravaginaal seksueel contact en het verband met de schade. De schade betrof een nabloeding waardoor het litteken in de blaas was opengestaan en een blaasfistel was ontstaan. Het hof overwoog dat het achterwege laten van de waarschuwing gedurende drie maanden niet intravaginaal te coïteren aan te merken was als een aan de hulpverlener toe te rekenen tekortkoming, voor de gevolgen waarvan hij aansprakelijk was. De Hoge Raad liet het oordeel van het hof in stand.¹³²

Een probleem is echter dat niet zonder meer kan worden aangetoond dat de patiënte – zo zij goed zou zijn geïnformeerd over de in acht te nemen maatregelen – de instructie zou hebben opgevolgd. Zou de patiënte de instructie niet hebben opgevolgd, dan kan niet langer de valide conclusie worden getrokken dat zonder de normschending de schade van de patiënte was uitgebleven. Het probleem kan evenzeer optreden wanneer de aansprakelijkheid van de producent in het geding is. Op de producent rust een instructieplicht betreffende het gebruik van zijn product.¹³³ Het is de vraag of de patiënt, zo hij over het gebruik van het product was geïnformeerd of gewaarschuwd, kennis zou hebben genomen van de instructie of de waarschuwing en daarnaar zou hebben gehandeld, bijvoorbeeld door het product op een andere wijze te gebruiken.¹³⁴

Een zelfde probleem rijst in gevallen van *wrongful birth*. Indien bijvoorbeeld de arts niet heeft gecontroleerd of de sterilisatie van een vrouwelijke patiënt is gelukt en als gevolg daarvan geen juiste mededelingen aan de patiënte doet, dan kan dit ertoe leiden dat de patiënt ten onrechte uitgaat van het feit dat zij is gesteriliseerd en dat zij geen voorzorgsmaatregelen neemt om een zwangerschap te voorkomen.¹³⁵ De vraag is dan of de patiënte, zo zij wetenschap had van de kans op een zwangerschap, wel voorzorgsmaatregelen had genomen. Een soortgelijke vraag kan zich aandienen in geval van een mislukte abortus, waarover de patiënte niet is geïnformeerd. Had de vrouw, zo zij wel was geïnformeerd, alsnog een abortus laten uitvoeren?¹³⁶ Een vergelijkbaar probleem speelt in de *wrongful life* gevallen. Een hulpverlener is bij het vermoeden van ernstige afwijkingen van de onge-

132 Zie Gerechtshof's-Hertogenbosch 5 oktober 1992, te kennen uit HR 18 februari 1994, NJ 1994, 368 (Scheepers/De Bruijn).

133 Zie hoofdstuk 5, par. 5.4.3.2. De instructie is van invloed op de beoordeling van de gebrekkigheid van het product.

134 Zie uitvoeriger L. Dommering-van Rongen, *Produktaansprakelijkheid* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1991, p. 293-296.

135 Zie voor een voorbeeld Rechtbank 's-Gravenhage 21 september 1994, NJ 1994, 296. Zie ook Gerechtshof's-Gravenhage 22 januari 2013, LJN BY8710.

136 Voorbeeld ontleend aan HR 16 april 2010, NJ 2010, 229.

boren vrucht verplicht om prenatale diagnostiek te verrichten of een klinisch geneticus te consulteren om de vrucht nader te onderzoeken. De vrouwelijke patiënt dient immers in staat te worden gesteld om, mede met het oog op de belangen van haar nog ongebooren kind, goed geïnformeerd een keuze te maken over een afbreking van de zwangerschap.¹³⁷ Laat de arts onderzoek na en informeert hij de patiënte niet of op onjuiste wijze, dan is het de vraag of de patiënte – zo zij wel was geïnformeerd over de afwijkingen van het kind – had gekozen voor een abortus.

De problematiek ten aanzien van de invloed van de keuze van de patiënt op het aannemen van aan *condicio sine qua non*-verband is eveneens een in het oog springende in de situaties waarin de schending van de informatieplicht ziet op het verzuim de patiënt in te lichten over een aan de behandeling verbonden *risico*. Lijdt de patiënt schade door een behandeling en is hij voorafgaand aan de behandeling niet gewezen op de risico's van die behandeling, dan is een door de patiënt vaak ingenomen stelling dat hij door de onvoldoende informatie heeft ingestemd met een behandeling die hij niet had willen ondergaan. De vraag is echter of de patiënt – ware hij wel goed ingelicht – daadwerkelijk voor een andere behandeling had gekozen die niet tot de schade had geleid. Alleen dan immers is de schending van de informatieplicht als oorzaak van de schade aan te merken.

Wil een *condicio sine qua non*-verband worden aangenomen, dan zal de patiënt in gevallen als hiervoor beschreven moeten stellen en, bij betwisting, moeten bewijzen dat hij (of zij) als *redelijk handelend patiënt*,¹³⁸ en/of om *redenen van persoonlijke aard*,¹³⁹ de instructie had gevolgd, gekozen had voor een abortus, van de behandeling had afgezien, of gekozen had voor een ingreep waarbij het gemanifesteerde risico niet was opgetreden.¹⁴⁰ Uit de rechtspraak kan voorts worden opgemaakt dat, in het bijzonder ten aanzien van de keuze van de patiënt bij uitblijvende informatie over het risico van een behandeling, bij de beoordeling van die keuze acht wordt geslagen op de omvang van het risico van de opge-

137 HR 18 maart 2005, *NJ* 2006, 606, met nt. J.B.M. Vranken (Baby Kelly).

138 Een objectieve maatstaf, zie daarvoor ook Rechtbank Utrecht 25 juni 1997, *TvGr* 1999, p. 195 en Rechtbank Zwolle 15 december 1999, *TvGr* 2000, p. 256. Zie voor een kritische bespreking van de maatstaf P.C.J. de Tavernier, 'Over het bewijs van causaal verband met betrekking tot de geïnformeerde toestemming bij medische behandelingen', *MvV* 2010, nr. 5, p. 140-141. Zie over de maatstaf in het kader van productaansprakelijkheid L. Dommering-van Rongen, *Produktaansprakelijkheid* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1991, p. 96.

139 Een subjectieve maatstaf, zie daarvoor ook P.C.J. de Tavernier, 'Over het bewijs van causaal verband met betrekking tot de geïnformeerde toestemming bij medische behandelingen', *MvV* 2010, nr. 5, p. 140-141 en L.G.J. Hendrix en A.J. Akkermans, 'Causaliteitsonzekerheid bij informed consent. Beschouwingen naar aanleiding van *Chester v. Afshar*', *TvGr* 2007, nr. 7, p. 498-515.

140 HR 23 november 2001, *NJ* 2002, 386 en HR 23 november 2001, *NJ* 2002, 387, met nt. J.B.M. Vranken. Zie voor voorbeelden uit de lagere rechtspraak Rechtbank Dordrecht 24 december 2008, *JA* 2009, 32; Rechtbank Rotterdam 12 januari 2011, *LJN* BP5714; Rechtbank Arnhem 28 november 2012, *LJN* BY6606; Rechtbank Noord-Nederland 23 januari 2013, *JA* 2013, 46 en Gerechtshof's-Gravenhage 22 januari 2013, *LJN* BY8710.

treten complicatie, op de wijze waarop de situatie zich zou hebben ontwikkeld als van de behandeling zou zijn afgezien, of er redelijkerwijs minder risicovolle behandelmethoden voor toepassing in aanmerking kwamen en wat de kans op succes zou zijn bij een minder risicovolle behandelmethode.¹⁴¹ Wanneer het risico groot is en de situatie van de patiënt ook aanvaardbaar zou zijn wanneer er geen behandeling was ingesteld of een andere behandeling was ingesteld met voldoende kans op succes, dan zal de patiënt eerder worden gevolgd in de stelling dat hij van de behandeling had afgezien,¹⁴² dan in het geval het risico klein is en een alternatieve behandeling min of meer dezelfde risico's met zich zou brengen of een ander negatief effect zou optreden.¹⁴³ In het laatste geval zal een redelijk handelend patiënt immers niet snel voor het alternatief hebben gekozen en moet de patiënt met een nadere onderbouwing van zijn stelling komen. Slaagt de patiënt niet in het bewijs, dan kan hoogstens een *condicio sine qua non*-verband worden aangenomen tussen de geneeskundige behandeling en de schade. Is de behandeling juist uitgevoerd, dan ontbreekt het de patiënt aan een grondslag voor verhaal van schade.

Een voorbeeld van een zaak waarin het *condicio sine qua non*-verband tussen de schending van de informatieplicht en de schade van de patiënt niet werd aangenomen, betreft een zaak waarin bij een patiënt na de operatie van haar rechterpols een zenuwbeschadiging optrad. Het was een complicatie waarover zij vooraf niet was geïnformeerd. De patiënt sprak het ziekenhuis aan voor de door haar geleden schade, aan welke vordering zij ten grondslag legde dat de operatie niet lege artis was uitgevoerd en dat niemand haar vóór de operatie de risico's van de ingreep had voorgehouden. De patiënte betoogde dat het zeer de vraag was of zij zich had laten opereren, indien zij vooraf geconfronteerd was geweest met de mogelijke gevolgen van de laedering van de bewuste zenuw. Derhalve had zij op onjuiste of onvolledige gronden haar toestemming gegeven tot de ingreep. Hoewel de rechtbank de schending van de informatieplicht aannam, wees zij de vordering wegens het ontbreken van een verband met de schade af. De patiënte ging tegen dit oordeel in hoger beroep. Echter zonder succes. Het hof overwoog als volgt: 'Eiseres gaat er blijkens haar stellingen vanuit, dat zij, indien zij wel juist zou zijn ingelicht, de keus zou hebben gehad tussen een beschadigde zenuw bij opereren en pijn bij niet-opereren. Eiseres stond echter niet voor een dergelijke keus, aangezien toen de beschadiging

141 HR 23 november 2001, *NJ* 2002, 386 en HR 23 november 2001, *NJ* 2002, 387, met nt. J.B.M. Vranken.

142 Zie bijvoorbeeld Gerechtshof Arnhem 10 juli 1990, *TvGr* 1993, nr. 65, Rechtbank Zwolle 23 april 1997, *TvGr* 1998, nr. 20 en Gerechtshof Leeuwarden 17 oktober 2001, *NP* 2001, 11.

143 Een voorbeeld voor een behandeling waarvoor geen alternatief bestaat betreft kunstmatige inseminatie met donorzaad en dus zal de patiënt veelal wel toestemming hebben gegeven ook al was de informatie niet voldoende, zie A.M.L. Broekhuijsen-Molenaar, *Civielrechtelijke aspecten van kunstmatige inseminatie en draagmoederschap* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1991, p. 135.

– uiteraard – nog niet was opgetreden. Hooguit zou eiseres de keus hebben gehad tussen een mogelijke zenuwbeschadiging en langdurige klachten. Eiseres heeft overigens noch in eerste aanleg noch in hoger beroep (voldoende) gemotiveerd of en op welke grond(en) zij van de operatie zou hebben afgezien. Bovendien heeft eiseres geen bewijsaanbod met betrekking tot het vorenbedoelde causaal verband gedaan, terwijl op haar naar het oordeel van het hof die bewijslast rust. Het hof is voorts van oordeel, dat de door de rechtbank genoemde omstandigheden en met name de omstandigheid, dat de eerder uitgevoerde gelijksoortige operatie aan de andere pols van eiseres succesvol was verlopen zoals zij zelf heeft gesteld in de toelichting op grief IV, reden zijn om aan te nemen dat eiseres – ook als zij geïnformeerd zou zijn over de mogelijke complicatie – desondanks niet van de operatie zou hebben afgezien. Ook grief IV faalt derhalve.’ Het oordeel van het hof hield in cassatie stand.¹⁴⁴

Een ander voorbeeld betreft een procedure over de sterilisatie van een vrouw door middel van Falope-ringen. Het stond vast dat de patiënte niet was geïnformeerd over het risico van een zwangerschap na de sterilisatie-ingreep. De patiënte werd zwanger en stelde de hulpverlener aansprakelijk onder meer in verband met gebrek aan voorlichting over de mislukningskans. Het hof in kwestie wees de vordering van de patiënt af en overwoog daartoe dat het niet aannemelijk was dat de patiënte, wanneer zij adequaat was voorgelicht over de zwangerschapsrisico’s van de ringenmethode, had gekozen voor andere methode met vergelijkbare risico’s. Er was, zo moet het hof begrepen worden, geen causaal verband tussen de schending van de informatieplicht enerzijds en feit dat de patiënt volgens de ringmethode was geopereerd en desondanks zwanger is geworden anderzijds. De Hoge Raad liet het oordeel van het hof in stand.¹⁴⁵

Als voorbeeld wordt voorts gewezen op een arrest van het Gerechtshof Leeuwarden. Het hof overwoog ten aanzien van de gestelde keuze voor een andere behandeling als volgt: “Onder die omstandigheden heeft appellante haar,

¹⁴⁴ HR 23 november 2001, *NJ* 2002, 386. Zie ook HR 23 november 2001, *NJ* 2002, 387, met nt. J.B.M. Vranken; HR 29 september 2006, *VR* 2007, 37; Gerechtshof ’s-Hertogenbosch 9 februari 2010, *JA* 2010, 60, met nt. R.W.M. Giard; Rechtbank Zwolle-Lelystad 10 maart 2010, *LJN* BM3359 en Rechtbank 7 december 2011, *JA* 2012, 54.

¹⁴⁵ HR 1 december 2000, *TvGr* 2001, nr. 47. Zie voor vergelijkbare zaken Rechtbank Leeuwarden 1 maart 1984, *NJ* 1986, 334; Rechtbank ’s-Gravenhage 21 september 1994, *NJ* 1995, 296; Gerechtshof Amsterdam 4 maart 1999, *NJ kort* 1999, 42; Gerechtshof Arnhem 13 april 1999, *NP* 1999, 6 en Rechtbank Dordrecht 19 januari 2011, *LJN* BP1520. Zie anders (wel causaal verband bij schending informatieplicht aangaande de risico’s van sterilisatie) Rechtbank Maastricht 22 november 1979, *NJ* 1980, 655; Gerechtshof ’s-Hertogenbosch 17 mei 1983, *NJ* 1984, 40; Gerechtshof ’s-Hertogenbosch 18 maart 1996, *NJ kort* 1996, 37 en Rechtbank Arnhem 14 december 1989, *NJ* 1990, 362.

gemotiveerd betwiste, stelling dat het ziekenhuis haar informed consent verplichting heeft geschonden door haar niet te informeren over de mogelijkheid van twee operaties in plaats van één onvoldoende onderbouwd. Appellante heeft ook onvoldoende onderbouwd dat zij, wanneer haar wel de keuze was geboden tussen twee en één operatie, zou hebben gekozen voor twee operaties. Een dergelijke keuze ligt, gelet op de risico's en nadelen van twee operaties, overigens niet voor de hand. Daarbij is van belang dat het ziekenhuis gemotiveerd heeft gesteld dat het risico op het ontstaan van het logesyndroom bij een gecombineerde operatie maar weinig toeneemt in vergelijking met twee opvolgende operaties en dat het totale risico ook in het eerste geval nog gering is.¹⁴⁶

Ook in een zaak waarin de hulpverlener de patiënt niet op de hoogte had gesteld van het risico van incontinentie, bestreed de patiënte dat zij met die wetenschap toestemming zou hebben gegeven voor de behandelingen. De rechtbank achtte echter niet aannemelijk dat een redelijk handelend patiënt van de behandeling had afgezien. Zij overwoog daartoe dat de geraadpleegde deskundige in zijn rapport duidelijk had gemaakt dat de gekozen behandelmethoden adequaat waren en onontkoombaar. Dat er andere behandelmethoden bestonden die minder risico met zich brachten, was niet met zoveel woorden door de patiënt gesteld en ter zake had zij ook geen (deskundigen-)bewijs aangeboden. Ook het rapport van de deskundige gaf voor een zodanige opvatting geen indicatie. De rechtbank concludeerde dan ook dat het achterwege laten van informatie omtrent het aanwezige risico van incontinentie niet ten grondslag kon worden gelegd aan de medische/lichamelijke gevolgen die de patiënt van de ondergane behandeling had ondervonden.¹⁴⁷

Een voorbeeld van een zaak waarin het *condicio sine qua non*-verband wel werd aangenomen betreft een geval waarbij een gynaecoloog onjuiste informatie verstrekke over zijn kwalificaties om chirurgische borstoperaties uit te voeren. De Rechtbank Rotterdam ging ervan uit dat indien de arts de patiënten had geïnformeerd over het feit dat hij geen chirurg was, de patiënten er niet voor hadden gekozen de chirurgische borstvergroting door hem te laten uitvoeren.

146 Gerechtshof Leeuwarden 14 mei 2008, *LJN* BD2421.

147 Rechtbank 's-Gravenhage 22 december 1999, *LJN* AA5735.

De rechtbank achtte de arts aansprakelijk voor de door de patiënten geleden schade.¹⁴⁸

Een vergelijkbaar voorbeeld waarin de patiënt er wel in slaagde aan te tonen dat hij – had hij geweten van de risico's – niet voor de desbetreffende ingreep had gekozen, betreft een zaak voorgelegd aan de Rechtbank Maastricht. De patiënt in kwestie leed aan het Melkersson-Rosenthalsyndroom (een ziekte van het zenuwstelsel) in de genitale streek. Het Academisch Ziekenhuis Maastricht weigerde een operatie. Een plastisch chirurg werkzaam in een kliniek gaf de patiënt echter aan de operatie te kunnen uitvoeren. Deze arts vertelde de patiënt echter niet dat hij geen ervaring had met het syndroom en evenmin met ingrepen in de genitale streek. Naar het oordeel van de rechtbank leverde het achterwege laten van deze informatie een tekortkoming van de arts op en was het voldoende aannemelijk dat de patiënt de omstreden operatie niet door de plastisch chirurg zou hebben laten uitvoeren, had hij geweten van de onervarenheid van de arts met operaties als waar het hier om ging.¹⁴⁹

Opgemerkt zij overigens dat het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) in zijn uitspraken betreffende (schending van) het met artikel 8 EVRM gewaarborgde zelfbeschikkingsrecht de tussenstap van de keuze van de patiënt (het causaal verband) lijkt over te slaan en zonder meer aansprakelijkheid voor de (ernstige) gevolgen aanneemt als blijkt dat de patiënt niet goed is geïnformeerd over een voorzienbaar risico en dat risico zich vervolgens heeft verwezenlijkt.¹⁵⁰ In juridisch-technische zin lijkt me dit niet juist en lijkt de rechtvaardiging vooral te moeten worden gezocht in een bevrediging van het rechtsgevoel.

148 Rechtbank Rotterdam 24 november 2010, *LJN* BO7879. Zie ook Rechtbank Breda 2 februari 2011, *LJN* BP2954; Rechtbank Rotterdam 3 januari 2013, *LJN* BZ2397 en Rechtbank Rotterdam 23 januari 2013, *LJN* BZ2365.

149 Rechtbank Maastricht 13 december 2010, *LJN* BO7650.

150 EHRM 5 oktober 2006, *EHRC* 2007, 23, met nt. A.C. Hendriks (Trocelier/Frankrijk); EHRM 2 juni 2009, *EHRC* 2009, 96, met nt. E.H. Hulst (Codarcea/Roemenië); EHRM 18 december 2012, *EHRC* 2013, 78, met nt. J.M. Emaus (G.B. en R.B./Moldavië) en EHRM 15 januari 2013, *EHRC* 2013, 81, met nt. A.C. Hendriks (Csoma/Roemenië). Ook Hendriks benadrukt in zijn noot bij de uitspraak van 15 januari 2013 dat het juridisch zuiverder is om te bezien of er wel een causaal verband is en volgt daarmee de lijn van de Hoge Raad (HR 23 november 2001, *NJ* 2002, 386 en HR 23 november 2001, *NJ* 2002, 387, met nt. J.B.M. Vranken). Zie voorts A.C. Hendriks, 'Europeesrechtelijke ontwikkelingen rond medische aansprakelijkheid', Jaarrede Vereniging voor Gezondheidsrecht 2013, waarin hij opmerkt dat het EHRM de laatste jaren de koers vaart onmiddellijk aansprakelijkheid aan te nemen indien sprake is van schadelijke gevolgen van een behandeling waarmee de patiënt niet heeft ingestemd.

De rechtspraak toont dat de patiënt in nogal wat gevallen niet slaagt in het leveren van het bewijs van het causaal verband tussen de schending van de informatieplicht en de geleden schade.¹⁵¹ Dit is onbevredigend, omdat de informatieplicht als een belangrijke plicht wordt gezien; op basis van de informatie moet de patiënt toestemming verlenen. Geïnformeerd toestemming kunnen verlenen maakt deel uit van het (fundamentele) zelfbeschikkingsrecht van de patiënt (beschermd door de artikelen 10 en 11 Gw, artikel 8 EVRM, artikel 5 Biogeneeskundeverdrag, artikel 3, tweede lid, Handvest EU en artikel 7 Handvest EU).¹⁵² Om die reden is naar wegen gezocht om toch een schadevergoeding toe te kennen.¹⁵³ De meest aangewezen optie, die inmiddels ook wel door de Nederlandse rechter wordt gevolgd, is het toekennen van een vergoeding van door een inbreuk op het recht tot zelfbeschikking geleden 'integriteitsschade'. De inbreuk op het recht tot zelfbeschikking wordt dan gezien als een schending van een fundamenteel recht, waardoor de patiënt is aangetast in zijn persoon als bedoeld in artikel 6:106, eerste lid, aanhef en onder b, BW en wat hem recht geeft op een naar billijkheid vast te stellen schadevergoeding voor nadeel dat niet in ver-

151 Zie naast de reeds besproken uitspraken nog Gerechtshof 's-Hertogenbosch 12 mei 2009, *LJN* BI7588; Rechtbank Dordrecht 24 december 2008, *JA* 2008, 32; Rechtbank Haarlem 2 juli 2008, *JA* 2008, 150; Rechtbank Amsterdam 9 februari 2011, *LJN* BP4341 en Rechtbank Amsterdam 7 december 2011, *JA* 2012, 54.

152 Het zelfbeschikkingsrecht wordt gezien als een van de belangrijkste en meest besproken beginselen in het gezondheidsrecht, zie H.J.J. Leenen, J.K.M. Gevers en J. Legemaate, *Handboek gezondheidsrecht Deel I*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, vijfde, geheel herziene druk, 2011, p. 37-39. J.F. Rang sprak in zijn oratie in 1973 ook al over patiëntenrechten als persoonlijkheidsrecht, zie J.F. Rang, *Patiëntenrecht* (oratie Leiden), Leiden: Bohn Stafleu van Loghum 1973, tevens opgenomen in oratiebundel *Gezondheidsrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2012. Zie evenzeer over het zelfbeschikkingsrecht als fundamenteel recht W.B. van der Mij, *Wie stelt de dokter de wet?* (oratie Rotterdam), Deventer: Kluwer 1983, tevens opgenomen in de oratiebundel *Gezondheidsrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2012, p. 78; B. Sluijters, *Geknipt verband* (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 1985, tevens opgenomen in de oratiebundel *Gezondheidsrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2012, p.145; H.D.C. Roscam Abbing, *Beslissen door de patiënt* (oratie Utrecht) 1994, tevens opgenomen in de oratiebundel *Gezondheidsrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2012, p. 199 en A.C. Hendriks, *In beginsel* (oratie Leiden), 2005, opgenomen in de oratiebundel *Gezondheidsrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2012, p. 372. Zie ook J. Legemaate, 'Het zelfbeschikkingsrecht: oud debat nieuw licht', *TvGr* 2004, nr. 1, p. 18-20. Zie voorts HR 23 november 2001, *NJ* 2002, 386; HR 23 november 2001, *NJ* 2002, 387, met nt. J.B.M. Vranken; HR 9 augustus 2002, *NJ* 2010, 61, met nt. M.H. Wissink en HR 81 maart 2005, *NJ* 2006, 606, met nt. J.B.M. Vranken (Baby Kelly). Zie ook annotatie H. van Ommen bij HR 23 april 2010, *L&S* 2010, 183. Het belang van het zelfbeschikkingsrecht wordt ook benadrukt door het EHRM, zie EHRM 29 april 2002, *European Journal of Health Law* 2002, p. 263-279 (Pretty/Verenigd Koninkrijk); EHRM 5 oktober 2006, *EHRC* 2007, 23, met nt. A.C. Hendriks (Trocellier/Frankrijk); EHRM 20 maart 2007, *NJCM-Bulletin* 2007, p. 497, met nt. A.C. Hendriks en *EHRC* 2007, 70, met nt. H.L. Janssen (Tysiac/Polen); EHRM 15 januari 2009, *NJ* 2009, 524, met nt. E.J. Dommering (Reklos/Griekenland); EHRM 2 juni 2009, *EHRC* 2009, 96, met nt. E.H. Hulst (Codarcea/Roemenië); EHRM 20 januari 2011, *EHRC* 2011, 53, met nt. G. den Hartogh (Haas/Zwitserland); EHRM 26 mei 2011, *EHRC* 2011, 109, met nt. A.C. Hendriks (R.R./Polen); EHRM 8 november 2011, *EHRC* 2012, 18, met nt. A.C. Hendriks (V.C./Slowakije) en EHRM 12 juni 2012, zaaknr. 29518/10 (N.B./Slowakije) en EHRM 15 januari 2013, *EHRC* 2013, 81, met nt. A.C. Hendriks (Csoma/Roemenië).

153 Zie bijvoorbeeld L.G.J. Hendrix en A.J. Akkermans, 'Causaliteitsonzekerheid bij informed consent. Beschouwingen naar aanleiding van *Chester v. Afshar*', *TvGr* 2007, nr. 7, p. 498-515 en P.C.J. de Tavernier, 'Over het bewijs van causaal verband met betrekking tot de geïnformeerde toestemming bij medische behandelingen', *MvV* 2010, nr. 5, p. 139-146.

mogensschade bestaat (zonder dat geestelijk letsel is vereist).¹⁵⁴ Vergoeding van schade heeft in zo een geval niet noodzakelijkerwijs een compensatiefunctie als wel het doel om recht te doen aan de schending van het fundamentele recht door het rechtsgevoel van de benadeelde te bevredigen.¹⁵⁵

Een voorbeeld op dit punt biedt het Gerechtshof Arnhem. De patiënte in kwestie verweet de arts dat hij de operatie had gekenschetst als routinematig en dus probleemloos, waarbij hij heeft nagelaten haar vooraf te wijzen op mogelijke risico's, verbandhoudende met deze specifieke operatie en zelfs het onvermijdelijke gevolg van het – in dit geval – beenlengteverschil en de daaruit voortvloeiende gevolgen. Ook met betrekking tot complicatierisico's is geen voorlichting gegeven. De patiënte vorderde om die reden vergoeding van 'integriteitsschade', gelegen in het feit dat zij niet goed geïnformeerd een keuze vóór of tegen de operatie had kunnen maken. Het hof overwoog vervolgens als volgt: 'Appellante stelt dat geïntimeerde zijn informatieplicht jegens haar niet is nagekomen. Als geïntimeerde appellante inderdaad ter zake het zekere gevolg van het beenlengteverschil niet heeft geïnformeerd, dan heeft appellante daardoor niet op de door haar gewenste wijze van haar zelfbeschikkingsrecht gebruik kunnen maken (zie HR 23 november 2001, *NJ* 2002, 386). Appellante was dan namelijk door geïntimeerde niet in de gelegenheid gesteld om zelf, goed geïnformeerd en op de hoogte van het onvermijdelijke gevolg van het beenlengteverschil, een keuze te maken vóór of tegen de door geïntimeerde uiteindelijk uitgevoerde medische ingreep. Appellante stelt dat zij aldus schade heeft geleden. Allereerst vordert zij vergoeding van de zogenaamde 'integriteitsschade'. Het gaat hier dan om de schade die appellante lijdt nu zij, zo stelt zij, niet goed geïnformeerd een keuze vóór of tegen de operatie heeft kunnen maken. Naar het oordeel van het hof is, zo mocht blijken (...) dat appellante inderdaad onvoldoende geïnformeerd met de bewuste operatie heeft ingestemd, de aantasting van haar zelfbeschikkingsrecht gegeven. Appellante had er immers recht op om volledig door geïntimeerde te worden geïnformeerd. Anders dan geïntimeerde betoogt (...) is de mate van aantasting van dat zelfbeschikkingsrecht dan niet meer aan de orde. Geïntimeerde stelt verder (...) onder verwijzing naar de conclusie van de A-G De Vries Lentsch-Kostense bij het arrest van de Hoge Raad van 23 november 2001 (*NJ* 2002, 386) dat een gebrek aan 'informed consent' op zich zelf nog geen recht geeft op schadevergoeding. Echter, naar

154 Zie hoofdstuk 7, par. 7.2.3 voor de vereisten betreffende vergoeding van ander nadeel dan vermogensschade en voor een nadere bespreking van integriteitsschade.

155 Zie S.D. Lindenbergh, *Smartengeld* tien jaar later, Deventer: Kluwer 2008, p. 35.

het oordeel van het hof was in voornoemd arrest de kwestie van de ‘integriteits-schade’ als zodanig niet aan de orde. Geïntimeerde is dus aansprakelijk voor de ‘integriteitsschade’ die appellante lijdt doordat geïntimeerde haar niet volledig zou hebben geïnformeerd. Of geïntimeerde appellante inderdaad niet volledig heeft geïnformeerd, komt hierna aan de orde. Grief 1 slaagt dan ook in zoverre.¹⁵⁶ De Hoge Raad liet het oordeel van het hof op dit punt in stand.¹⁵⁷

Het is echter de vraag of de door de schending van de informatieplicht gemaakte inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt onder elke omstandigheid een recht geeft op vergoeding van integriteitsschade. In de literatuur wordt opgemerkt dat de vraag of een aantasting in de persoon (door een schending van een fundamenteel recht) recht geeft op een schadevergoeding moet worden beantwoord aan de hand van verschillende gezichtspunten, zoals de aard van het geschonden belang, de gevolgen van de gedraging, de wijze van schending evenals de vraag of de schade met behulp van andere middelen (rectificatie, gebod, verbod) kan worden goed gemaakt.¹⁵⁸ Voorts wordt opgemerkt dat uit de jurisprudentie van de Hoge Raad vooralsnog blijkt dat (alleen) een *ernstige* aantasting van het zelfbeschikkingsrecht als een aantasting in de persoon als bedoeld in artikel 6:106, eerste lid, onder b, BW kan worden gezien en dus alleen een ernstige aantasting tot vergoeding van ander nadeel kan lijden zonder dat daarvoor geestelijk letsel is vereist.¹⁵⁹ Hoewel het Europese Hof voor de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden een wat andere koers lijkt te varen door een ‘*minor interference*’ aangaande het zelfbeschikkingsrecht voldoende te achten voor een inbreuk op het in artikel 8 EVRM gewaarborgde recht op zelfbeschikking (dat bij een geconstateerde schending van artikel 8 EVRM recht geeft op vergoeding van immateriële schade), blijkt in die jurisprudentie de uitblijvende toestemming

156 Gerechtshof Arnhem 25 april 2006, *L&S* 2010, 182, met nt. H. van Ommen. Zie voor een bespreking ook J. Meyst-Michels, ‘Kroniek Medische aansprakelijkheid’, *AV&S* 2011, nr. 1, p. 33. Zie voor andere voorbeelden Gerechtshof ’s-Gravenhage 29 september 2009, *L&S* 2010, 10, met nt. Y.R.K. Waterman en Gerechtshof Amsterdam 19 februari 1998, *TvGr* 1998, nr. 48.

157 HR 23 april 2010, *L&S* 2010, 183, met nt. H. van Ommen en *JA* 2010, 97, met nt. L.G.J. Hendrix. Zie voor een bespreking ook J. Meyst-Michels, ‘Kroniek Medische aansprakelijkheid’, *AV&S* 2011, afl. 1, p. 33. Zie eerder in gelijke zin Gerechtshof Amsterdam 19 februari 1998, *TvGr* 1998, nr. 48.

158 S.D. Lindenbergh, *Smartengeld* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1998, p. 155-157; S.D. Lindenbergh, *Smartengeld tien jaar later*, Deventer: Kluwer 2008, p. 35; A.J. Verheij, *Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon* (diss. VU Amsterdam), Nijmegen: *Ars Aequi Libri* 2002, p. 40, 512-513; T. Hartlief, ‘Hollandse toestanden: de Hoge Raad over “wrongful life”’, *NTBR* 2005/6, p. 239-240; Zie hierover ook S.D. Lindenbergh, ‘Vermogensrechtelijke remedies bij schending van fundamentele rechten’, in: G.E. van Maanen en S.D. Lindenbergh, *EVRM en privaatrecht: is alles van waarde weerloos?*, Preadvies Nederlandse Vereniging voor Burgerlijk Recht 2011, Deventer: Kluwer 2011, p. 89-100 en T. Hartlief, ‘Smartengeld in Nederland anno 2012: tijd voor een steen in stilstaand water?’, *Smartengeldgids* 2012, Den Haag: ANWB 2012, p. 6-11.

159 HR 18 maart 2005, *NJ* 2006, 606, met nt. J.B.M. Vranken (Baby Kelly); HR 8 september 2000, *NJ* 2000, 734, met nt. A.R. Bloembergen (Baby Joost) en Gerechtshof ’s-Gravenhage 29 september 2009, *L&S* 2010, 10, met nt. Y.R.K. Waterman.

van de patiënt een gegeven of op zijn minst aannemelijk, waarmee ook een schending van artikel 8 EVRM kan worden aangenomen.¹⁶⁰ Voorts blijkt uit deze jurisprudentie van ernstige gevolgen, zoals een verlamming of onvruchtbaarheid.¹⁶¹

Zie bijvoorbeeld de zaak Waltraud Storck tegen Duitsland. Het betreft een patiënte die herhaaldelijk vanaf jonge leeftijd werd opgenomen in psychiatrische inrichtingen en in verschillende ziekenhuizen, alwaar zij psychische behandelingen onderging. Steeds ontbrak het aan een rechtgeldige titel voor deze behandelingen. Storck betoogde onder meer dat sprake was van een schending van artikel 8 EVRM, door een inbreuk te maken op haar zelfbeschikkingsrecht. Het EHRM overwoog daartoe als volgt: 'In so far as the applicant argued that she had been medically treated against her will while detained, the Court reiterates that even a minor interference with the physical integrity of an individual must be regarded as an interference with the right to respect for private life under Article 8 if it is carried out against the individual's will (see, *inter alia*, *X v. Austria*, no. 8278/78, Commission decision of 13 december 1979, DR 18, p. 156; *A.B. v. Switzerland*, no. 20872/92, Commission decision of 22 February 1995, DR 80-B, p. 70; and, *mutatis mutandis*, *Herczegfalvy v. Austria*, judgment of 24 september 1992, Series A no. 244, p. 26, § 86).'¹⁶²

Een en ander zou er dus op neerkomen dat alleen recht bestaat op vergoeding van integriteitsschade wanneer de patiënt aannemelijk kan maken dat hij bij juiste informatie voor een andere ingreep zou hebben gekozen, althans dat in elk geval de hoogte van de vergoeding afhangt van de aannemelijkheid van een andere keuze en/of dat er in enigerlei mate schade is opgetreden door de geneeskundige behandeling.¹⁶³ Dit betekent echter dat een vergoeding van integriteitsschade niet als alternatief kan worden gezien voor die patiënten die een andere keuze niet kunnen aantonen of die geen schade hebben geleden ook al heeft de arts zijn informatieplicht geschonden. Het is enerzijds de vraag of op deze wijze vol-

160 Uit de tekst van artikel 8 EVRM volgt een toetsingskader ter beoordeling van gegrondheid van een klacht op grond van artikel 8 EVRM. Een inbreuk brengt nog geen schending met zich. Van een schending wordt gesproken wanneer de inbreuk niet legitiem en/of niet noodzakelijk is.

161 EHRM 5 oktober 2006, *EHRC* 2007, 23, met nt. AC. Hendriks (Trocelier/Frankrijk); EHRM 2 juni 2009, *EHRC* 2009, 96, met nt. E.H. Hulst (Codarcea/Roemenië); EHRM 18 december 2012, *EHRC* 2013, 78, met nt. J.M. Emaus (G.B. en R.B./Moldavië) en EHRM 15 januari 2013, *EHRC* 2013, 81, met nt. A.C. Hendriks (Csoma/Roemenië).

162 EHRM 16 juni 2005, *EHRC* 2005, 82, met nt. J. van der Velde (Storck/Duitsland), rov. 143.

163 Zie de annotatie van L.G.J. Hendrix in *JA* 2010, 97 bij HR 23 april 2010 evenals de annotatie van H. van Ommen in *L&S* 2010, 183 bij HR 23 april 2010.

doende recht wordt gedaan aan de schending van het fundamentele recht,¹⁶⁴ maar anderzijds is het ook de vraag of in die gevallen eigenlijk wel behoefte bestaat aan een vergoeding.

6.3.2.3 Onzekerheid over de schadeveroorzaker bij meervoudige causaliteit

Beschreven is reeds dat bij de geneeskundige behandelingsovereenkomst meerdere hulpverleners kunnen zijn betrokken. Maken zij onafhankelijk van elkaar een fout die tot de schade van de patiënt heeft geleid, dan zijn zij hoofdelijk aansprakelijk, zo volgt uit artikel 6:102 BW. Voorts kunnen bij de behandeling zowel hulpverleners als producenten zijn betrokken. Ook wanneer zowel de normschending door een hulpverlener als een gebrek in het product oorzaak zijn van de schade, dan zijn hulpverlener en producent hoofdelijk aansprakelijk.

Een voorbeeld betreft de eerder besproken zaak waarin fouten van verschillende hulpverleners bij de behandeling van een wondinfectie van de patiënt in het geding waren. Duidelijk was dat het tekortschietende handelen van elk der artsen bij elke operatie oorzaak waren voor het ontstaan van het abces.¹⁶⁵

Niet in elk geval is echter duidelijk wiens fout of wiens gebrekkig product de oorzaak van de schade is geweest. Voor de patiënt zou in die gevallen alleen een (uitvoerig) onderzoek naar de ‘dader’ resteren. Aannemelijk is dat dit een opgave is met een grote kans op blijvende onwetendheid.

6.3.3 *Het deskundigenbericht als bewijsmiddel*

De illustraties hebben aangetoond dat het voor de patiënt niet eenvoudig is om te bewijzen dat zijn schade zonder de normschending door de hulpverlener of het gebrek in het product niet zou zijn ingetreden. Om toch het noodzakelijke bewijs van zijn stelling dienaangaande te leveren, zal de patiënt dan ook gebruik willen maken van een bewijsmiddel. In medische zaken wordt doorgaans het deskundigenbericht als bewijsmiddel ingezet. Een medisch deskundige wordt geacht over de noodzakelijke wetenschappelijke en medische kennis te beschikken om een oordeel te vellen over het beloop van een ziekte en/of over het effect van een geneeskundige behandeling op dat beloop.

¹⁶⁴ Zie T. Hartlief, ‘Smartengeld in Nederland anno 2012: tijd voor een steen in stilstaand water?’, Smartengeldgids 2012, Den Haag: ANWB 2012, p. 6-11. Hartlief meent dat, wil men werkelijk inhoud geven aan het fundamentele recht, ook een vergoeding mogelijk zou moeten zijn in gevallen waarin causaal verband met de beslissing van de patiënt ontbreekt.

¹⁶⁵ Het voorbeeld is ontleend aan Rechtbank Utrecht 25 augustus 2010, *LJN* BN7740.

De mogelijkheden die de patiënt ten dienste staan om een deskundigenbericht te verkrijgen zijn dezelfde als reeds genoemd in het kader van de te bewijzen tekortkoming. Hij kan ingevolge artikel 194 Rv de rechter in een bodemprocedure verzoeken om een deskundige te benoemen, hij kan dit via de verzoekschriftprocedure van artikel 202 Rv doen en hij kan buiten rechte een deskundige benaderen met het verzoek een deskundigenbericht uit te brengen.¹⁶⁶ Met het deskundigenbericht zal de patiënt de rechter trachten te overtuigen het *condicio sine qua non*-verband tussen de normschending of het gebrek in het product en zijn schade. De hulpverlener of de producent zal op zijn beurt verweer voeren tegen het deskundigenbericht. De waardering van het deskundigenbericht is uiteindelijk aan de rechter, zo bepaalt artikel 152, tweede lid, Rv.¹⁶⁷ De waardering van het deskundigenbericht zal op dezelfde wijze geschieden als die van het deskundigenbericht betreffende de tekortkoming van de hulpverlener.¹⁶⁸ Voorts geldt ook ten aanzien van de deskundige die een oordeel geeft over het *condicio sine qua non*-verband, dat zijn oordeel niet noodzakelijkerwijs doorslaggevend hoeft te zijn. De medisch deskundige zal met name het medisch causaal verband voor ogen hebben staan, hetgeen echter niet doorslaggevend is. De rechter zal uiteindelijk bepalen of het juridisch causaal verband is komen vast te staan, waarvoor mede van belang is de toerekening van de schade als bedoeld in artikel 6:98 BW.

Tot slot wordt opgemerkt dat ook wat de medisch deskundige die een oordeel over het causaal verband moet geven betreft, de vraagstelling aan die deskundige van groot belang is. In tegenstelling tot de vraagstelling betreffende de tekortkoming van de hulpverlener staat de vraagstelling betreffende het causaal verband echter niet garant voor fricties in de praktijk; partijen zijn het doorgaans voldoende eens over de aan de medisch deskundige te stellen vragen.

6.3.4 *Handvatten om de bewijslast van het condicio sine qua non-verband te verlichten*

6.3.4.1 **De omkeringsregel**

Om de bewijsproblemen op te lossen, kan de patiënt gebruik maken van een bewijsmiddel, zoals het medisch deskundigenbericht, wat ook in veel gevallen zal gebeuren. Daarnaast (of in plaats daarvan) kan de patiënt proberen de last van het bewijs van het *condicio sine qua non*-verband zo veel mogelijk te verlichten door gebruik te maken van ‘regels’ in de bewijsrechtelijke sfeer. Zo een regel is de ‘omkeringsregel’, welke regel in de rechtspraak

¹⁶⁶ Zie hoofdstuk 4, par. 4.2.2.4.

¹⁶⁷ HR 13 januari 1995, NJ 1997, 175, met nt. C.J.H. Brunner; HR 5 december 2003, NJ 2004, 74 en HR 15 mei 2009, LJN BH3148. Zie voor een voorbeeld Gerechtshof 's-Gravenhage 29 november 2011, LJN BU6817.

¹⁶⁸ Zie hoofdstuk 4, par. 4.2.2.4.

van de Hoge Raad, in eerste instantie in het kader van verkeers-¹⁶⁹ en arbeidsongevallen,¹⁷⁰ tot stand is gekomen.¹⁷¹ De omkeringsregel strekt ertoe in bepaalde gevallen een uitzondering te maken op de hoofdregel van artikel 150 Rv in die voege dat het bestaan van een *condicio sine qua non*-verband tussen een onrechtmatige gedraging of tekortkoming en het ontstaan van de schade wordt aangenomen (bewijsvermoeden), tenzij degene die wordt aangesproken bewijst – waarvoor in het kader van het hier te leveren tegenbewijs aanneemelijk maken voldoende is en een specifiek bewijsaanbod niet nodig is –¹⁷² dat de bedoelde schade ook zonder die onrechtmatige gedraging of tekortkoming zou zijn ontstaan.¹⁷³ De regel is geconstrueerd op basis van de ervaringsregel dat bepaalde normschendingen doorgaans tot letsel of het overlijden van een persoon leiden.¹⁷⁴ Voor toepassing van deze regel is vereist dat sprake is geweest van een gedraging in strijd met een *norm die strekt tot het voorkomen van een specifieke gevaar* ter zake van het ontstaan van schade, en dat degene die zich op schending van deze norm beroept, ook bij betwisting, aanneemelijk heeft gemaakt dat *in het concrete geval het specifieke gevaar* waartegen de norm bescherming

169 Zie onder meer HR 5 mei 1961, NJ 1961, 421; HR 18 december 1970, NJ 1971, 142; HR 1 november 1974, NJ 1975, 454; HR 16 november 1990, NJ 1991, 55; HR 21 oktober 1994, NJ 1995, 95 en HR 24 december 1999, NJ 2000, 428.

170 Zie onder meer HR 21 juni 1974, NJ 1974, 453, met nt. G.J. Scholten; HR 1 november 1988, NJ 1990, 572; HR 22 maart 1991, NJ 1991, 420; HR 9 juni 1995, NJ 1995, 630 en HR 10 december 1999, NJ 2000, 211, met nt. P.A. Stein.

171 Zie voor een jurisprudentieoverzicht C.J.M. Klaassen, Monografieën BW, Schadevergoeding: algemeen, deel 2, Deventer: Kluwer 2007, waaronder HR 26 januari 1996, NJ 1996, 607, met nt. W.M. Kleijn en HR 19 januari 2001, NJ 2001, 524. Zie voorts A.J. Akkermans, De 'omkeringsregel' bij het bewijs van causaal verband, Den Haag: Boom juridische uitgevers, 2002. Zie eveneens D. Kaandorp, 'De Omkeringsregel(s)', AA 50 (2001) 11, p. 836-845. Zie voor kritiek op de wijze waarop de Hoge Raad toepassing geeft aan de omkeringsregel I. Giesen, 'De aantrekkingskracht van de Lorely. Over de opkomst en ondergang (?) van de 'omkeringsregel'', in: T. Hartlief & S.D. Lindenberg (red.), Tien Pennenstreken over personenschade, Den Haag: Sdu Uitgevers 2009, p. 69-86.

172 HR 9 januari 1999, NJ 1999, 413; HR 19 maart 2004, NJ 2004, 307, met nt. W.D.H. Asser (Seresta-arrest) en HR 9 juli 2004, NJ 2005, 78 (foetale nood).

173 Voor de eerste keer met zoveel woorden geformuleerd in HR 19 januari 2001, NJ 2001, 524. Daarna HR 29 november 2002, NJ 2004, 304, met nt. W.D.H. Asser; HR 29 november 2002, NJ 2004, 305, met nt. W.D.H. Asser, HR 19 maart 2004, NJ 2004, 307, met nt. W.D.H. Asser (Seresta-arrest); HR 9 april 2004, NJ 2004, 308; HR 8 april 2005, NJ 2005, 284; HR 19 december 2008, NJ 2009, 28 en HR 23 november 2012, JA 2013, 3, met nt. J.P.M. Simons.

174 HR 14 oktober 2005, NJ 2005, 539.

beoogt te bieden, *zich heeft verwezenlijkt*.¹⁷⁵ Geen geldend recht is dat het specifieke gevaar aanmerkelijk moet zijn vergroot.¹⁷⁶

Voor zover van een gedraging in strijd met een norm die strekt tot het voorkomen van een specifiek gevaar ter zake van het ontstaan van schade kan worden gesproken, is de omkeringsregel ook van toepassing in medische zaken.¹⁷⁷ De rechtspraak leert dat de patiënt er daarom goed aan doet de norm, waarvan hij meent dat deze geschonden is, zo nauwkeurig mogelijk te omschrijven en de rechter erop te wijzen dat de norm van het goed hulpverlenerschap als bedoeld in artikel 7:453 BW – *als zodanig in het concrete geval ingevuld* – ertoe sterkt bescherming te bieden tegen de schade die zich bij de patiënt in kwestie heeft verwezenlijkt.¹⁷⁸ Een voorbeeld van een norm die strekt tot het voorkomen van een specifiek gevaar ter zake van het ontstaan van schade is een gedragsregel die (ter invulling van de algemene norm van artikel 7:453 BW) in een protocol is vastgelegd en welke gedragsregel tot doel heeft bekende schade te voorkomen.¹⁷⁹ Tevens kan uit de feiten en omstandigheden van het individuele geval een norm strekkende tot het voorkomen van een specifiek gevaar ter zake van het ontstaan van schade worden afgeleid. Ter invulling van de algemene norm van artikel 7:453 BW kan voorts acht worden geslagen op de tuchtrechtspraak, waarbij her en der aanwijzingen worden gevonden voor normen die het

175 Voor de eerste keer met zoveel woorden geformuleerd in HR 19 januari 2001, *NJ* 2001, 524. Daarna (onder meer) HR 29 november 2002, *NJ* 2004, 304, met nt. W.D.H. Asser; HR 29 november 2002, *NJ* 2004, 305, met nt. W.D.H. Asser; HR 19 maart 2004, *NJ* 2004, 307, met nt. W.D.H. Asser (Seresta-arrest); HR 9 april 2004, *NJ* 2004, 308, HR 8 april 2005, *NJ* 2005, 284; HR 19 december 2008, *NJ* 2009, 28 en HR 23 november 2012, *JA* 2013, 3, met nt. J.P.M. Simons. Zie voor een bespreking van de huidige stand van zaken aangaande omkeringsregel I. Giesen, 'De aantrekkingskracht van de Lorely. Over de opkomst en ondergang (?) van de 'omkeringsregel'', in: T. Hartlief en S.D. Lindenbergh (red.), *Tien Pennenstreken over personenschade*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2009, p. 69-86; A.J. Akkermans en C.H. van Dijk, 'Proportionele aansprakelijkheid, omkeringsregel, bewijslastverlichting en eigen schuld: een inventarisatie van de stand van zaken', *AV&S* 2012, nr. 5, p. 157-177 en C.J.M. Klaassen, 'Kroniek causaliteit in het aansprakelijkheidsrecht', *AV&S* 2012, nr. 5, p. 182-193. Klaassen meent dat de omkeringsregel alleen kan worden toegepast als het gaat om slechts het laatste restje onzekerheid over het causaal verband.

176 HR 23 november 2012, *JA* 2013, 3, met nt. J.P.M. Simons.

177 HR 9 januari 1999, *NJ* 1999, 413; HR 19 maart 2004, *NJ* 2004, 307 met nt. W.D.H. Asser (Seresta-arrest); HR 9 juli 2004, *NJ* 2005, 78 (foetale nood); HR 7 december 2007, *NJ* 2007, 644; Gerechtshof's-Hertogenbosch 10 maart 2009, *L&S* 2009, 112, met nt. A.J. Van en Gerechtshof's-Gravenhage 28 april 2009, *LJN* BI4768, rov. 9 en 10. Zie op dit punt ook I. Giesen, 'De aantrekkingskracht van de Lorely. Over de opkomst en ondergang (?) van de 'omkeringsregel'', in: T. Hartlief & S.D. Lindenbergh (red.), *Tien Pennenstreken over personenschade*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2009, p. 81.

178 Zie voor een voorbeeld van een zaak waarin de norm onvoldoende specifiek werd geoordeeld Gerechtshof Leeuwarden 22 februari 2006, *LJN* AV2474, gesanctioneerd door HR op 7 december 2007, *NJ* 2007, 644. Zie voor een voorbeeld van een onvoldoende specifieke norm voorts Gerechtshof Arnhem 15 maart 2011, *JA* 2011, 81; Gerechtshof's-Gravenhage 18 december 2007, *LJN* BC1132 en Gerechtshof Leeuwarden 17 april 2012, *JA* 2012, 144, met nt. P.J. Klein Gunnewiek.

179 Voorbeeld genoemd in HR 19 maart 2004, *NJ* 004, 307, met nt. W.H.D. Asser (Seresta-arrest). Zie de voorbeelden zelf in HR 2 maart 2001, *NJ* 2001, 649, met nt. J.B.M. Vranken (Protocol-I) en HR 1 april 2005, *TvGr* 2005, nr. 19 (Protocol-II).

doel hebben bepaalde schade te voorkomen.¹⁸⁰ Wat de producent betreft wordt opgemerkt dat de norm die achter de risicoaansprakelijkheid van de producent schuil gaat hierin is gelegen dat een producent geen product in het verkeer mag brengen dat niet de veiligheid biedt die men mag verwachten, teneinde gezondheidsschade te voorkomen.¹⁸¹ De norm kan nader zijn omschreven in, het product betreffende, besluiten en veiligheidsvoorschriften.¹⁸²

Een voorbeeld van een gedragsregel strekkende tot het voorkomen van een specifiek gevaar ter zake van het ontstaan van schade neergelegd in een protocol betreft het 'Protocol I'-arrest. De Hoge Raad oordeelde met betrekking tot de omkeringsregel als volgt: 'Nu het overtreden voorschrift diende om het risico op het post-operatief optreden van trombose tegen te gaan (althans te verkleinen), en, (...) [de patiënt] aanspraak op naleving van het protocolvoorschrift mocht maken, geeft het oordeel van het Hof, erop neerkomende dat – nu het risico van het ontstaan van de schade in het leven is geroepen door het niet toepassen van het voorschrift standaard anti-stollingsmiddelen toe te dienen en nu dit risico (het optreden van trombose) zich heeft verwezenlijkt – het causaal verband tussen de verweten gedraging en de opgelopen schade in beginsel is gegeven, niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting.'¹⁸³

Een voorbeeld van een geval waarin uit de feiten een norm strekkende tot het voorkomen van specifieke schade kon worden afgeleid, betreft de gang van zaken rondom een bevalling. De patiënte in kwestie beviel na een zwangerschap van 41 weken door middel van een keizersnede van een kind met een te laag zuurstofgehalte in het bloed en vocht in de longen. Ook was sprake van vochtophoping in de hersenen en van neurologische symptomen als staren, cyanose, bradycardie en convulsies. 's Avonds werd het kind overgebracht naar het Academisch Ziekenhuis Groningen, waar de diagnose 'status na ernstige perinatale asfyxie' gesteld, hetgeen inhoudt dat er voorafgaand aan en/of tijdens de geboorte sprake is geweest van (ernstig) zuurstoftekort. Het kind bleek

180 Zie bijvoorbeeld RTG 's-Gravenhage 6 juli 2010, *LJN YG0409* (Het college overwoog dat, teneinde gezondheidsschade bij het kind te voorkomen, de gynaecoloog bij het waarnemen van een strak beeld van het CTG en gezien de situatie van de patiënt, eerder microbloedonderzoek had moeten verrichten) en RTG Amsterdam 29 november 2011, *LJN YG1565* (het college overwoog dat teneinde gezondheidsschade (asfyxie) bij het kind te voorkomen, de verloskundige had moeten besluiten om de baring direct (thuis) te verrichten in plaats van de barende naar het ziekenhuis te laten overbrengen op het moment dat de stuit van het kind geboren werd).

181 Zie hoofdstuk 5, par. 5.2.

182 Zie hierover ook L. Dommering-van Rongen, *Produktenaansprakelijkheid* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1991, p. 292.

183 HR 2 maart 2001, *NJ* 2001, 649, met nt. J.B.M. Vranken (Protocol-I).

blijvend lichamelijk en geestelijk gehandicapt. In beide feitelijke instanties spitste het geschil zich toe op de vraag in hoeverre de invaliditeit van het kind het gevolg was van het nalaten van de gynaecoloog tijdig een keizersnede uit te voeren. De patiënte had met betrekking tot het bewijs van de stelling dat de fout van de gynaecoloog had geleid tot het hersenletsel van het kind betoogd dat de omkeringsregel moest worden toegepast, nu vaststond dat de gynaecoloog een beroepsfout had gemaakt, waardoor het risico van het ontstaan van schade in het leven was geroepen en het risico zich had verwezenlijkt. De rechtbank volgde de patiënte hierin niet. Het hof evenmin en overwoog dat de geschonden norm geen bescherming boogde te bieden tegen een specifiek gevaar; het ging slechts om een nadere invulling van de algemene norm dat de arts bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed hulpverlener in acht moet nemen en daarbij moet handelen in overeenstemming met de op hem rustende verantwoordelijkheid voortvloeiende uit de voor artsen geldende professionele standaard. De hiertegen gerichte klacht achtte de Hoge Raad gegrond. Hij overwoog daartoe als volgt: 'Eiser heeft in zijn memorie van grieven (...), onder verwijzing naar het arrest van de Hoge Raad van 19 maart 2004, nr. C02/331, NJ 2004, 307, betoogd – kort gezegd – dat de hier aan de orde zijnde norm wel degelijk specifiek ertoe strekt zoveel mogelijk te voorkomen dat het gevaar dat het ongeboren kind als gevolg van zuurstofgebrek hersenschade oploopt, zich realiseert, en dat juist dat specifieke gevaar zich in dit geval heeft gerealiseerd. Dit betoog (aan de juistheid waarvan niet in de weg staat dat een keizersnede niet slechts geïndiceerd is als het erom gaat hersenschade ten gevolge van zuurstofgebrek te voorkomen of te beperken) vindt steun in de opvatting van de (...) deskundige terwijl ook de (...) genoemde notitie erop neerkomt dat reeds in het begin van de baring een keizersnede aangewezen was teneinde schade door zuurstoftekort in de hersenen zoveel mogelijk te voorkomen. In het licht hiervan is het (...) oordeel van het hof dat de geschonden norm niet een norm is die bescherming tegen een specifiek gevaar beoogt te bieden zonder nadere motivering niet begrijpelijk.'¹⁸⁴

Een ander voorbeeld van een geval waarin uit de feiten een norm strekkende tot het voorkomen van specifieke schade kon worden afgeleid, betreft eveneens de gang van zaken rondom een bevalling. In deze zaak kwam het kind met behulp van een tangverlossing ter wereld. Bij de geboorte bleek het kind de volgende afwijkingen te hebben: psychomotore retardatie, schouderdystocie

184 HR 7 december 2007, NJ 2007, 644 (foetale nood), Zie daarvóór Gerechtshof Leeuwarden 22 februari 2006, LJN AV2474. Zie na verwijzing Gerechtshof Arnhem 2 september 2012, LJN BX8853.

en Erbse parese links. De ouders vorderden namens het kind schadevergoeding stellende dat de gynaecoloog ten onrechte niet direct na het aanbrengen van een epiduraal anesthesie de CTG-registratie van de foetus was gestart. De rechtbank wees de vordering toe. Het hof bekrachtigde het vonnis door te overwegen dat de omkeringsregel van toepassing was. Als norm formuleerde het hof dat voor gynaecologen geldt dat vanaf het moment van toediening van een epidurale anesthesie – naast bewaking van de bloeddruk van de moeder – permanente CTG-bewaking van de foetus dient plaats te vinden. De strekking van die norm is zo tijdig mogelijk te (kunnen) registreren of bij de foetus asfyxie optreedt, omdat asfyxie kan leiden tot depletie van de antenataal aanwezige glycogeen voorraad waardoor lage bloedsuikerwaarden (hypoglycaemieën) kunnen ontstaan die tot (blijvende) hersenschade kunnen leiden. Ook de is dat de schade zich moet hebben verwezenlijk achtte het hof vervuld; de blijvende hersenschade waartegen de norm (kortweg: bewaking door middel van CTG-registratie) bescherming beoogde te bieden, had zich verwezenlijkt.¹⁸⁵ In cassatie hield dit oordeel stand. De HR overwoog daarbij als volgt: ‘Blijkens zijn hiervoor onder 3.3 weergegeven overwegingen heeft het hof onderzocht of aan de onder 3.7 beschreven vereisten voor de toepassing van de omkeringsregel is voldaan. Het heeft vastgesteld – kort samengevat – dat sprake is van een normschending (geen permanente CTG-registratie), dat de geschonden norm strekte tot bescherming tegen een specifiek gevaar ((blijvend) hersenletsel door foetaal zuurstoftekort), en dat voldoende aannemelijk is geworden dat dit specifieke gevaar zich heeft verwezenlijkt nu vaststaat dat [het kind] blijvend ernstig hersenletsel heeft opgelopen. Het heeft voorts geoordeeld dat niet aannemelijk is gemaakt dat deze schade ook zonder de normschending zou zijn ontstaan. Dat oordeel getuigt niet van een onjuiste rechtsopvatting, is niet onbegrijpelijk en is toereikend gemotiveerd. Met de vaststelling van deze omstandigheden stond het het hof vrij om met toepassing van de omkeringsregel het *condicio sine qua non*-verband tussen de normschending en het ontstaan van de schade aan te nemen. In gevallen als de onderhavige is het immers, gelet op de bescherming die de geschonden norm beoogt te bieden, redelijk, behoudens tegenbewijs, ervan uit te gaan dat, als het gevaar waartegen de norm bescherming beoogt te verbieden, zich heeft verwezenlijkt, zulks een gevolg moet zijn geweest van deze normschending. De ratio van de omkeringsregel brengt mee dat in gevallen als de onderhavige de onzekerheid omtrent het exacte verloop van de gebeurtenissen voor risico komt van degene die de desbetreffende norm

185 Gerechtshof Amsterdam 3 augustus 2010, zaaknr. 106.003.178/01 (niet gepubliceerd), rov. 2.16-2.20. Zie in gelijke zin Gerechtshof Leeuwarden 22 juni 2010, JA 2011, 2 en RTG'-s-Gravenhage 6 juli 2010, LJN YG0409.

heeft geschonden zodat, anders dan het onderdeel kennelijk veronderstelt, dat verloop in die gevallen in zoverre niet door de benadeelde behoefte te worden gesteld en, in geval van betwisting, bewezen. De klacht stuit daarop af.¹⁸⁶

Andere voorbeelden van gevallen waarin door de rechter uit de feiten en omstandigheden een norm ter bescherming van een specifiek gevaar werd afgeleid betreffen het gebruik van een bepaalde druk bij bloedleegtebanden teneinde zenuwletsel te voorkomen,¹⁸⁷ het staken van een tangverlossing en het toedienen van weeënremmende middelen teneinde schedellelsel bij het kind te voorkomen,¹⁸⁸ opname, observatie en regelmatig hartonderzoek bij een zwangere patiënte met toxicose ter voorkoming van de dood van de foetus,¹⁸⁹ het uiterst zorgvuldig prepareren in een door eerdere operaties en chronische ontsteking veranderd oor ter voorkoming van een beschadiging van de nervus facialis,¹⁹⁰ het uitvoeren van onderzoek om uit te sluiten of te bevestigen dat ter plaatse van de twaalfde thoracale wervel een metastase was teneinde schade aan het ruggenmerg (waardoor verlamming) te voorkomen;¹⁹¹ het controleren van de bloeddruk bij het gebruik van het geneesmiddel Reductil teneinde hypertensie te voorkomen,¹⁹² en het staken van het toedienen van een verdovingsvloeistof op het moment dat er complicaties optreden.¹⁹³ Een specifieke norm is ook de norm geen vacuümextractie te verrichten bij een bevallig, indien er sterke aanwijzingen zijn voor een mechanische belemmering voor de indaling van het kind, ter voorkoming van beschadiging van het kind.¹⁹⁴ Voorts is geoordeeld over de toepasselijkheid van de omkeringsregel in een zaak betreffende een schildklieroperatie. Bij de operatie was een stembandzenuw beschadigd geraakt. Deze beschadiging werd beschreven als een complicatie. In dit geval echter was de operatie uitgevoerd door een hulpverlener met onvoldoende ervaring. Naar het oordeel van de rechtbank had de hulpverlener de norm geschonden te voldoen aan de ervaringseisen, welke norm ertoe strekt zoveel mogelijk te voorkomen dat het gevaar van een complicatie zich realiseert, terwijl juist dat specifieke gevaar zich in dit geval had verwezenlijkt. Om die reden nam de rechtbank voorshands causaal verband aan tussen de tekortkoming –

186 HR 23 november 2012, *JA* 2013, 3, met nt. J.P.M. Simons, rov. 3.9.

187 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 10 maart 2009, *L&S* 2009, 112, met nt. A.J. Van.

188 Gerechtshof Amsterdam 2 maart 2006, *LJN* AX3550.

189 Rechtbank Amsterdam 9 juli 1997, rolnr. H 95.0601 (niet gepubliceerd).

190 Gerechtshof Arnhem 2 december 2003, *LJN* AO0863.

191 Rechtbank Arnhem 29 juli 2009, *LJN* BJ4640.

192 Rechtbank Utrecht 17 oktober 2012, *LJN* BY1151.

193 Rechtbank 's-Hertogenbosch 12 december 2012, *LJN* BY6328.

194 Rechtbank Arnhem 20 oktober 2011, *JA* 2012, 16.

opereren zonder voldoende ervaring – en de schade – de opgetreden complicatie.¹⁹⁵

Zie voor een voorbeeld waarbij de omkeringsregel in een geval van productaansprakelijkheid werd toegepast de overweging van de Rechtbank Leeuwarden. Een vrouw die oogletsel opliep, nadat vuurwerk in haar nabijheid is afgestoken, stelde Evuco Vuurwerk aansprakelijk voor de door haar geleden schade. Evuco had het vuurwerk in Nederland op de markt gebracht. De rechtbank achtte in beginsel een causaal verband aanwezig tussen het vuurwerk en de ontstane schade. In casu had Evuco het vuurwerkbesluit overtreden. Een van die bepalingen bevatte de zinsnede dat het vuurwerk dusdanig behoorde te functioneren dat bij gebruik overeenkomstig de gebruiksaanwijzing van dat vuurwerk geen letsel of schade kan ontstaan. Mitsdien was sprake van een specifieke norm gericht op het voorkomen van (oog)letsel. Evuco werd toegelaten tot het leveren van tegenbewijs.¹⁹⁶

Gezien het belang van de strekking van de norm,¹⁹⁷ verdient ten eerste de toepasselijkheid van de omkeringsregel ter vaststelling van het *condicio sine qua non*-verband tussen de schending van *de plicht de patiënt op de risico's van een bepaalde behandeling te wijzen* en de schade van de patiënt een nadere bespreking. Reeds opgemerkt werd dat het doorgaans niet eenvoudig is om aan te tonen dat er een *condicio sine qua non*-verband bestaat tussen de schending van deze informatieplicht en de schade van de patiënt, omdat de patiënt eerst moet aantonen dat deze, ware hij goed geïnformeerd, geen of een andere behandeling had ondergaan en dat het intreden van de schade om die reden was uitgebleven.¹⁹⁸ De omkeringsregel biedt hiervoor echter geen oplossing. Hoewel wel degelijk sprake is van een norm die een specifiek gevaar beoogt te voorkomen, strekt die norm niet ter voorkoming van het gevaar van (gezondheids)schade, maar strekt zij ertoe de patiënt in staat te stellen goed geïnformeerd te beslissen of hij al dan niet toestemming voor de voorgestelde behandeling zal geven. Oftewel, het schenden van deze verplichting roept 'slechts' het risico in het leven dat de patiënt niet op de door hem gewenste wijze van zijn zelfbeschikingsrecht gebruik kan maken, het risico derhalve dat hij een keuze maakt die hij mogelijk niet gemaakt zou hebben als hij goed geïnformeerd was. Omdat doorgaans het zich verwe-

195 Rechtbank Amsterdam 11 augustus 2010, *LJN* BP0743, rov. 4.31.

196 Rechtbank Leeuwarden 24 januari 2007, *LJN* AZ7289. Zie voor het hoger beroep Gerechtshof Leeuwarden 8 februari 2011, *JA* 2011, 87. Zie voor niet toepassen omkeringsregel, omdat de toedracht niet vaststond, Gerechtshof Leeuwarden 5 april 2011, *LJN* BQ1826 (ongeval brandpasta).

197 De inhoud en strekking van de geschonden norm zijn van belang om vast te stellen tegen welk specifiek gevaar ter zake van het ontstaan van schade de norm bescherming biedt, zie expliciet HR 19 december 2008, *NJ* 2009, 28.

198 Zie par. 6.2.2.

zenlijkte risico (het letsel) in de meeste zaken niet kan worden aangemerkt als verwezenlijking van het risico waartegen de informatieplicht bescherming placht te bieden, kan de in de jurisprudentie ontwikkelde omkeringsregel niet worden gebruikt bij de vaststelling van het *condicio sine qua non*-verband. Dit is bij een experimentele behandeling niet anders.¹⁹⁹

De Hoge Raad heeft op dit punt twee belangrijke arresten gewezen. In beide procedures was gesteld dat het causaal verband tussen de schending van de informatieplicht en de verwezenlijking van het risico dat aan de medische ingreep kleefde als vaststaand moest worden aangenomen. De patiënten beriepen zich daarbij op de omkeringsregel met de volgende redenering: 1) de artsen zijn toerekenbaar tekortgeschoten door niet deugdelijk te informeren over de risico's van de operatie, 2) de artsen hebben daarmee een risico terzake van schade gecreëerd, namelijk dat de operatie is mislukt en de gebreken zijn ontstaan, 3) nu het risico zich heeft gerealiseerd (mislukken operatie en ontstaan gebreken), is het causaal verband tussen niet-informeren en schade behoudens tegendeelbewijs gegeven. Met deze stelling echter werd de strekking van de informatieplicht miskend en oordeelde de Hoge Raad dat toepassing van de omkeringsregel in deze gevallen geen soelaas bood.²⁰⁰

Nu de norm wel bescherming biedt tegen het risico dat de patiënt niet op de door hem gewenste wijze van zijn zelfbeschikkingsrecht gebruik kan maken, is het de vraag of de omkeringsregel wel kan worden toegepast om het *condicio sine qua non*-verband vast te stellen tussen de schending van de plicht de patiënt op risico's te wijzen en integriteitsschade.²⁰¹ Mijns inziens is dit niet het geval. Enerzijds blijft overeind de beoordeling of de inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht door de schending van de informatieplicht ernstig genoeg is om van een aantasting in de persoon te mogen spreken en veeleer is het dus de vraag onder welke omstandigheden dat zo is. Anderzijds betekent een aanvaarding van een vergoeding van integriteitsschade bij elke inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht dat er geen causaliteitsprobleem is dat nog met behulp van de omkeringsregel zou moeten worden vastgesteld.

199 Zie voor de omkeringsregel en een experimentele behandeling Gerechtshof Leeuwarden 19 december 2007, *LJN* BC1632.

200 HR 23 november 2001, *NJ* 2002, 386 en HR 23 november 2001, *NJ* 2002, 387, met nt. J.B.M. Vranken. Zie voor een bespreking van de arresten A.J. Akkermans, De 'omkeringsregel' bij het bewijs van causaal verband, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002. Zie ook HR 29 september 2006, *VR* 2007, 37 en HR 2 februari 2007, *NJ* 2007, 92 (verzuim informatieplicht door advocaat).

201 Zie voor integriteitsschade Gerechtshof Arnhem 25 april 2006, *L&S* 2010, 182, met nt. H. van Ommen en HR 23 april 2010, *L&S* 2010, 183, met nt. H. van Ommen en *JA* 2010, 97, met nt. L.G.J. Hendrix. Zie voor een bespreking ook J. Meyst-Michels, 'Kroniek Medische aansprakelijkheid', *AV&S* 2011, nr. 1, p. 33.

Gezien het belang van de strekking van de norm,²⁰² verdient ten tweede de toepasselijkheid van de omkeringsregel ter vaststelling van het *condicio sine qua non*-verband tussen de schending van *de plicht de patiënt te wijzen op het nemen van bepaalde (voorzorgs)maatregelen* en de schade van de patiënt een nadere bespreking. De plicht om de patiënt te wijzen op het nemen van voorzorgsmaatregelen kan er immers wel degelijk toe strekken specifieke schade te voorkomen. Een voorbeeld betreft de eerder besproken plicht om de vrouwelijke patiënt te wijzen op 'het verbod' van intravaginaal seksueel contact na een baarmoeder-ingreep teneinde een nabloeding te voorkomen. Een ander voorbeeld betreft de plicht van de producent de patiënt te instrueren het product met het oog op daaraan verbonden gevaren van schade op een bepaalde wijze te gebruiken. Gezien de jurisprudentie van de Hoge Raad zal bij schending van een dergelijke veiligheidsnorm de omkeringsregel van toepassing zijn en hoeft de patiënt niet aan te tonen dat hij, als de instructie was gegeven, de instructie zou hebben nageleefd.²⁰³ In de literatuur wordt echter wel opgemerkt dat een onderscheid tussen een instructieplicht strekkende tot voorkoming van schade en andere informatieplichten niet altijd even duidelijk is te maken en dat een algemene 'hoofd' regel niet kan worden geformuleerd.²⁰⁴ Mijns inziens zal het zal in een concreet geval aan de feitenrechter zijn welke strekking hij aanneemt.

Een ander probleem dat zich bij de toepassing van de omkeringsregel kan voordoen, ziet niet zozeer op de strekking van de norm, als wel op de aannemelijkheid van de verwezenlijking van het gevaar waartegen de norm bescherming beoogde te bieden. Zoals opgemerkt, is voor de toepasselijkheid mede vereist dat het *gevaar zich heeft verwezenlijkt*. Dat zich dat niet altijd even eenvoudig laat vaststellen, blijkt uit de rechtspraak over die gevallen waarin de patiënt na een geneeskundige behandeling is overleden. Is niet vastgesteld of kan niet worden vastgesteld wat de doodsoorzaak is geweest, dan kunnen nabestaanden zich alleen met uitblijvend succes op de omkeringsregel beroepen. Zij kunnen dan immers niet aannemelijk maken dat 'het gevaar zich heeft verwezenlijkt'. Kortom, als gesteld wordt dat de dood het specifieke gevolg is van het handelen of nalaten, welk handelen of nalaten juist beoogd is om die specifieke dood te voorkomen, is wetenschap over de dood onontbeerlijk.

202 De inhoud en strekking van de geschonden norm zijn van belang om vast te stellen tegen welk specifiek gevaar ter zake van het ontstaan van schade de norm bescherming biedt, zie expliciet HR 19 december 2008, NJ 2009, 28.

203 Vergelijk HR 25 november 2005, NJ 2007, 141, met nt. C.J.H. Brunner (schending van de plicht een deelnemer van een skeeleractiviteit te wijzen op het dragen van een valhelm).

204 Zie uitvoerig A.J. Akkermans en C.H. van Dijk, 'Proportionele aansprakelijkheid, omkeringsregel, bewijslastverlichting en eigen schuld: een inventarisatie van de stand van zaken', AV&S 2012, nr. 5, p. 157-177. Zie ook de noot van J.B.M. Vranken bij HR 23 november 2001, NJ 2002, 387.

Dit probleem deed zich voor in het ‘Seresta-arrest’. De zaak zag op het handelen van een huisarts. Ondanks dat de patiënt – deze had een keelcarcinoom – op het moment van het bezoek door de huisarts reeds achttien uren sliep, diende de huisarts het medicijn Seresta toe. De verwachting dat de patiënt binnen een paar uur zou ontwaken werd niet bewaarheid: de patiënt overleed korte tijd later. De nabestaande diende een vordering in en stelde dat de huisarts was tekortgeschoten en dat met toepassing van de omkeringsregel het causaal verband met de schade moest worden vastgesteld. De rechtbank volgde de nabestaande. Het hof oordeelde echter dat door de afwezigheid van een post mortem onderzoek de huisarts in bewijsnood was gebracht, hetgeen voor risico van de nabestaande diende te komen. Om die reden achtte het hof toepassing van de omkeringsregel uitgesloten. De nabestaande ging van het arrest in cassatie, maar zonder succes. In dit geval deed zich – naast het feit dat niet was aangegeven welke tot voorkoming van een specifiek gevaar strekkende norm de arts had geschonden – het probleem voor dat niet aangetoond kon worden dat zich ‘het’ gevaar had verwezenlijkt. Er had namelijk geen post mortem onderzoek aan het lichaam van de overleden patiënt plaatsgevonden, zodat de doodsoorzaak niet was komen vast te staan.²⁰⁵

Hetzelfde probleem was aan de orde in de zaak die de Rechtbank Dordrecht werd voorgelegd. Het geschil had betrekking op de geneeskundige behandeling van een kind. De stelling was dat het kind was overleden wegens het te laat terugplaatsen naar het ziekenhuis. Er was geen post mortem onderzoek verricht. De rechtbank oordeelde dat het causaal verband niet kon worden vastgesteld nu onmogelijk was vast te stellen waaraan het kind was verleden.²⁰⁶

Ook in een kwestie van productaansprakelijkheid deed zich dit probleem voor. De eisers stelden dat hun hond aan het gebruik van een bepaald dierengeneesmiddel (Ketofen 1%) was overleden. De rechtbank kon echter het causaal verband niet vaststellen nu de stoffelijke resten van de hond niet meer voor onderzoek beschikbaar waren.²⁰⁷

6.3.4.2 De regel van artikel 6:99 BW

De omkeringsregel kan uitkomst bieden in die gevallen waarin het handelen van een hulpverlener als mogelijke oorzaak van de schade kwestieus is. Zij is echter niet bruikbaar

²⁰⁵ HR 19 maart 2004, *NJ* 2004, 307, met nt. W.D.H. Asser (Seresta-arrest).

²⁰⁶ Rechtbank Dordrecht 23 april 2008, *LJN* BD0513. Zie voor commentaar op de uitspraak A.J. Van in *L&S* 2009, afl. 2, p. 82.

²⁰⁷ Rechtbank Amsterdam 8 juni 2005, *LJN* AT9555.

(en ook niet nodig) in die gevallen waarin het handelen van twee of meer hulpverleners centraal staat, ten minste een van deze handelingen de oorzaak is van de schade van de patiënt en de causaliteitsonzekerheid ziet op de vraag wiens handelen de ‘echte’ oorzaak is van de schade van de patiënt. Het antwoord is van belang, omdat samenwerking tussen meerdere hulpverleners en de mogelijkheid van meerdere oorzaken geen zeldzaamheid is. Het zou onbevredigend zijn, indien de patiënt door een team van hulpverleners is behandeld, vaststaat dat een van hen de ‘schuldige’ is, maar de patiënt door onwetendheid over wie van hen zijn schade heeft veroorzaakt met lege handen komt te staan.

Hoewel het probleem zich in veel gevallen laat oplossen via de centrale aansprakelijkheid van het ziekenhuis (of door de ‘hulppersonenconstructie’) is deze oplossing niet voor alle gevallen toereikend; niet elke medische verrichting vindt plaats binnen de muren van dezelfde toegelaten instelling (denk aan een behandeling in privé-instelling of een behandeling in verschillende ziekenhuizen). Ook blijft het probleem actueel in die gevallen waarin de producent op grond van artikel 6:185 BW aansprakelijk is en de hulpverlener de norm van het goed hulpverlenerschap heeft geschonden, doch niet duidelijk is of de schade is veroorzaakt door het gebrekkig product waarvoor de producent aansprakelijk is, of door de normschending door de hulpverlener. Het probleem kan tevens spelen in die gevallen waarin meerdere producenten een gebrekkig product op de markt hebben gebracht, ten minste één van deze gebrekkige producten de oorzaak is van de schade van de patiënt en de causaliteitsonzekerheid ziet op de vraag wiens gebrekkig product de schade van de patiënt heeft veroorzaakt. Dit probleem doet zich met name voor in die gevallen waarin de schade zich pas na lange tijd openbaart.²⁰⁸

Een oplossing biedt artikel 6:99 BW.²⁰⁹ Het artikel bepaalt dat, indien de schade een gevolg kan zijn van twee of meer gebeurtenissen voor elk waarvan een andere persoon aansprakelijk is en vast staat dat de schade door ten minste één van deze gebeurtenissen is ontstaan, de verplichting om de schade te vergoeden op ieder van deze personen rust, tenzij hij bewijst dat deze niet het gevolg is van een gebeurtenis waarvoor hijzelf aansprakelijk is.²¹⁰ Het artikel brengt dus een ‘echte omkering’ van de bewijslast met zich in die zin dat iedere hulpverlener en/of producent aansprakelijk wordt geacht voor de schade van de patiënt,

208 Bijvoorbeeld in het geval van het geneesmiddel DES, zie HR 9 oktober 1992, *NJ* 1994, 535, met nt. C.J.H. Brunner.

209 Ook daarvoor al geldend recht, zie HR 9 oktober 1992, *NJ* 1994, 535, met nt. C.J.H. Brunner (DES). Zie ook A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1965, p. 228, 230, 233, 236-237.

210 Vergelijk PETL 3:103, maar anders 3:105 (proportionele aansprakelijkheid).

tenzij de hulpverlener of producent stelt en, bij betwisting, bewijst dat de schade van de patiënt niet het gevolg is van de normschending of zijn gebrekkig product.²¹¹

In de literatuur wordt er wel van uitgegaan dat artikel 6:99 BW meer is dan een regel van bewijsrecht. Het artikel zou met zich brengen dat de bewijsnood van het slachtoffer wordt toegerekend aan de potentiële daders, zodat het artikel een materieelrechtelijke regel van aansprakelijkheid zou bevatten.²¹² De Toelichting op artikel 6:99 BW typeert het artikel als een regel ter omkering van de bewijslast, gelegitimeerd door de billijkheid: ‘Het ware in een dergelijk geval, waarin vaststaat dat A en B beiden onrechtmatig jegens de benadeelde hebben gehandeld en dat deze de schade heeft geleden óf ten gevolge van A’s daad óf ten gevolge van die van B, onbillijk om de benadeelde zelf zijn schade te laten dragen omdat hij niet kan bewijzen wiens handeling causaal voor zijn schade was. (...) De rechtsgrond van de aansprakelijkheid van zowel A als B is daarin gelegen dat zowel A als B onrechtmatig jegens de benadeelde heeft gehandeld en dat het zeker is dat óf A óf B schadevergoedingsplichtig is, terwijl in het algemeen de bewijsmoeilijkheden ten aanzien van de vraag wiens daad causaal was voor de geleden schade groter zouden zijn voor de benadeelde dan ze zijn voor elk der daders’.²¹³

Wil de regel van toepassing zijn, dan moet aan een aantal voorwaarden zijn voldaan. Ten eerste moet vaststaan dat elk van de mogelijke gebeurtenissen een tekortkoming of onrechtmatige daad oplevert.²¹⁴ Artikel 6:99 BW is dus niet van toepassing in die gevallen waarin een van de mogelijke oorzaken niet terug te voeren is op een onrechtmatige daad of tekortkoming. Evenmin vindt de bewijsregel van artikel 6:99 BW toepassing in die gevallen waarin de schade ook kan zijn veroorzaakt of mede is veroorzaakt door een oorzaak

211 Zie over artikel 6:99 BW voorts Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* 2013, nr. 91-96; P. Ingelse, ‘Hoge Raad in DES-arrest: ruim baan voor artikel 6:99 BW’, *NJB* afl. 42/1992, p. 1403-1412; A.J. Van, Onzekerheid over daderschap en causaliteit (diss. Rotterdam), Arnhem: Gouda Quint 1995, p. 65; L. Dommering-van Rongen, Productenaansprakelijkheid (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1991, p. 296-309 en L. Dommering-van Rongen, Productaansprakelijkheid, een rechtsvergelijkend overzicht, Deventer: Kluwer 2000, p. 160-162.

212 W.D.H. Asser, Monografieën Nieuw BW, A24, Deventer: Kluwer 1992, p. 106; A.J. Akkermans, Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband (diss. Tilburg), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 70 en R.J.B. Boonekamp, BW-krant Jaarboek 1991, p. 83.

213 Parl. Gesch. Boek 6, p. 346-347.

214 Zie bijvoorbeeld Rechtbank ’s-Hertogenbosch 15 juni 2005, *JBPr* 2005, 75, met nt. J.S. Kortmann; Rechtbank ’s-Hertogenbosch 15 juni 2005, *LJN* AT7382 en Gerechtshof ’s-Hertogenbosch 28 augustus 2007, *LJN* BB2385. De regel van artikel 6:99 BW werd oorspronkelijk alleen bij de onrechtmatige daad toegepast, zie bijvoorbeeld Rechtbank Dordrecht 22 februari 1933, *NJ* 1933, p. 753 (lossen van een dodelijk schot) en Rechtbank Almelo 15 december 1943, *NJ* 1944-45, 312 (stenen gooien). Zie ook Parl. Gesch. Boek 6, p. 346. Met zijn plek in afdeling 6.1.10 is artikel 6:99 BW daartoe echter niet meer beperkt: A.J. Akkermans, Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband (diss. Tilburg), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 22.

die aan de patiënt behoort te worden toegerekend, zoals diens eigen fysieke conditie.²¹⁵ Niet vereist is dat de aansprakelijkheidsgronden gelijk zijn.²¹⁶ De patiënt hoeft niet te omschrijven dat een (en welke) concrete gedraging van de hulpverlener en/of de producent de schade kan hebben veroorzaakt.²¹⁷

Dat elk van de mogelijke oorzaken een onrechtmatige daad of tekortkoming moet behelzen, blijkt bijvoorbeeld uit de Implanon-zaken die in 's-Hertogenbosch werden beslecht. Vijftien vrouwen betrokken producent Organon in rechte wegens een beweerdelijk gebrek in het anticonceptieproduct Implanon. Dertien van de vijftien vrouwen betrokken daarnaast de huisarts in rechte onder de stelling dat de arts het anticonceptieproduct niet goed had ingebracht. Zowel de producent als de artsen betwistten hetgeen hun werd verweten. Bij de beoordeling van de (gevoegde) zaken kwamen de verschillende mogelijkheden van de uitblijvende werking van Implanon aan de orde. Ook kwam de bewijslastverdeling aan de orde en de toepasselijkheid van artikel 6:99 BW. De Rechtbank 's-Hertogenbosch in eerste aanleg overwoog als volgt: 'De rechtbank is van oordeel dat in het onderhavige geval uit de eisen van redelijkheid en billijkheid inderdaad een andere verdeling van de bewijslast voortvloeit. De *res ipsa loquitur* regel kan niet worden toegepast, omdat het feitencomplex niet duidelijk in één richting wijst, maar hier meerdere mogelijkheden aan de orde zijn waarbij niet steeds dezelfde partij(en) aansprakelijk is/zijn (al is de ene mogelijkheid waarschijnlijker dan de andere). Belangrijker is de omstandigheid, dat in deze zaken zeker is dat de schade van de vijftien vrouwen is veroorzaakt door ten minste een van twee bekende personen, maar dat de vrouwen niet kunnen bewijzen door wie. De wet kent diverse op de redelijkheid en billijkheid gebaseerde bewijsregels (zoals art. 6:99 BW), die de benadeelde uit een dergelijke bewijsnood helpen door de bewijslast op de potentiële daders te leggen, waarbij op de koop wordt toegenomen dat daardoor personen aansprakelijk kunnen worden gehouden die de schade feitelijk niet hebben veroorzaakt. Die wettelijke bewijsregels zijn in deze zaken echter niet van toepassing, omdat ze zijn geschreven voor gevallen waarin vast staat dat alle potentiële daders een fout hebben gemaakt en de bewijsnood daarom alleen betrekking heeft op de vraag door welke van die fouten de schade is veroorzaakt.'

215 Zie ook J.H. Nieuwenhuis, 'Alternatieve causaliteit en aansprakelijkheid naar marktaandeel', Preadvis voor de Vereniging Burgerlijk Recht, 1987, p.12.

216 Zie J.H. Nieuwenhuis, 'Alternatieve causaliteit en aansprakelijkheid naar marktaandeel', Preadvis voor de Vereniging Burgerlijk Recht, 1987, p. 9 en P. Ingelse, 'Hoge Raad in DES-arrest: ruim baan voor artikel 6:99 BW', *NJB afl. 42/1992*, p. 1403-1412.

217 HR 9 oktober 1992, *NJ 1994*, 535, met nt. C.J.H. Brunner (DES), rov. 3.7.1.

Dit laatste nu was niet het geval omdat vooralsnog onduidelijk was of de producent respectievelijk de artsen wel een fout kon worden verweten. Wel achtte de rechtbank om andere uit de redelijkheid voortvloeiende redenen aanwezig om de bewijslast bij de producent en de artsen te leggen.²¹⁸ Dit laatste oordeel hield in hoger beroep overigens geen stand.²¹⁹

Toch sluit de mogelijkheid dat een van de mogelijke oorzaken niet gelegen is in een normschending of een gebrek in het product, waarvoor op de producent een risicoaansprakelijkheid rust, niet noodzakelijkerwijs uit dat artikel 6:99 BW toepassing mist.²²⁰ Deze mogelijkheid ontheft andere, wel aansprakelijke, hulpverleners of producenten niet van hun aansprakelijkheid voor de gehele schade, tenzij zo een aansprakelijkheid in de gegeven omstandigheden – waaronder de grootte van de kans dat de schade van de patiënt door een handeling van een niet aansprakelijke partij is veroorzaakt – naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Deze regel kan worden afgeleid uit de overwegingen van de Hoge Raad in het ‘DES-arrest’, waarin de aansprakelijkheid (op artikel 6:162 BW gebaseerd) van een groot aantal producenten voor de door verschillende patiënten geleden schade ter discussie stond.²²¹ Artikel 6:99 BW werd in de DES-zaak van toepassing geacht ook al was strikt genomen sprake van een mogelijke oorzaak waarvoor geen aansprakelijkheid bestond. Wat de Hoge Raad ertoe bracht om ook deze situatie onder het bereik van artikel 6:99 BW te brengen, was gelegen in de redelijkheid en billijkheid en de ogenschijnlijk *zeer kleine kans* dat de schade van elk der patiënten veroorzaakt was door een product waarvoor een van de aangesproken producenten niet aansprakelijk zou zijn.²²² Sterker nog, er was ook overigens slechts een zeer geringe, zo niet uit te sluiten, kans dat er een andere oorzaak was voor de aandoening (adenocarcinoom) die bij de patiënten was gediagnosticeerd. Dit maakte de DES-zaak – naast het aantal daders en slachtoffers – uniek. Mogelijk wordt daarom anders beslist, wanneer de kans groot is dat een gebeurtenis waarvoor geen aansprakelijkheid bestaat oorzaak is van de schade van de

218 Rechtbank 's-Hertogenbosch 15 juni 2005, *JBPr* 2005, 75, met nt. J.S. Kortmann en Rechtbank 's-Hertogenbosch 15 juni 2005, *LJN* AT7382.

219 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 28 augustus 2007, *LJN* BB2385.

220 Zie voor enige kritiek op deze mogelijkheid Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* 2013, nr. 92-93 en A.J. Akkermans, Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband (diss. Tilburg), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 80 e.v. en p. 355 e.v.

221 Ook aangeduid als alternatieve daders en alternatieve slachtoffers door A.J. Akkermans, Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband (diss. Tilburg), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, hoofdstuk 5.

222 HR 9 oktober 1992, *NJ* 1994, 535, met nt. C.J.H. Brunner (DES), rov. 3.7.6. Zie ook de bespreking van het arrest door P. Ingelse, ‘Hoge Raad in DES-arrest: ruim baan voor artikel 6:99 BW’, *NJB* afl. 42/1992, p. 1403-1412. Zie ook A.J. Van, Onzekerheid over ouderschap en causaliteit (diss. Rotterdam), Arnhem: Gouda Quint 1995, p. 137 in het kader van wat hij het ‘collectivistisch perspectief’ noemt.

patiënt.²²³ Daarmee lijkt de uitzondering met name (alleen) van toepassing in die gevallen waarin de patiënt te maken heeft met een (zeer) groot aantal ‘daders’ (hulpverleners en producenten), nu de kans op het aanspreken van een niet aansprakelijke partij bij een kleine groep ‘daders’ al snel onredelijk groot zal zijn.

Een voorbeeld betreft de Implanon-zaken. Omdat de kans groot was dat of de aangesproken huisartsen of producent Organon niet aansprakelijk waren voor de schade van de patiënt, werd toepassing van artikel 6:99 BW uitgesloten geacht.²²⁴

Een ander voorbeeld betreft de niet-medische zaak Agent Orange. Het tijdens de Vietnamoorlog gebruikte ontbladeringsmiddel Agent Orange bleek zeer giftige dioxine te bevatten, hetgeen het middel gebrekkig maakte. Een aantal veteranen sprak zeven producenten van Agent Orange aan. Zij stelden door blootstelling aan het middel ziek te zijn geworden, althans te lijden aan bepaalde vormen van kanker. In de zaak speelde, naast het probleem dat onduidelijk was van welke producent de Agent Orange waaraan zij waren blootgesteld afkomstig was, ook het probleem dat de kanker evenzeer kon zijn veroorzaakt door andere stoffen of natuurlijke oorzaken, in de literatuur aangeduid als een ‘significant achtergrondrisico’.²²⁵

Een tweede vereiste voor toepassing van artikel 6:99 BW is de benodigdheid – maar dit is dan ook meteen voldoende – dat ten minste een van de aangesproken hulpverleners of producenten de *gehele schade* van een individuele patiënt *kan hebben veroorzaakt*.²²⁶ onder de regel van artikel 6:99 BW kunnen zowel de gevallen van alternatieve veroorzaking vallen, alsook de gevallen waarin twee afzonderlijk werkende oorzaken elk voldoende zijn om de schade te veroorzaken en de gevallen van samenloop van een zekere en een mogelijke

223 Zie ook A.J. Akkermans, Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband (diss. Tilburg), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 25 en P. Ingelse, ‘Hoge Raad in DES-arrest: ruim baan voor artikel 6:99 BW’, *NJB afl.* 42/1992, p. 1403-1412.

224 Rechtbank ’s-Hertogenbosch 15 juni 2005, *JBPr* 2005, 75, met nt. J.S. Kortmann en Rechtbank ’s-Hertogenbosch 15 juni 2005, *LJN* AT7382.

225 In re: Agent Orange Product Liability Litigation, 597 F. Sup 749 (1984).

226 HR 31 januari 2003, *NJ* 2003, 346, met nt. J.B.M. Vranken en HR 18 december 2009, *RvdW* 2010, 33. Zie ook A.J. Akkermans, Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband (diss. Tilburg), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 23 en C.J.M. Klaassen, ‘Kroniek causaliteit in het aansprakelijkheidsrecht’, *AV&S* 2012, nr. 5, p. 182-193.

oorzaak.²²⁷ Artikel 6:99 BW is daarentegen niet van toepassing in die gevallen waarin de schade is veroorzaakt door verschillende gebeurtenissen tezamen.²²⁸

Als voorbeeld geldt opnieuw het DES-arrest. Hoewel op het eerste gezicht kan worden gelezen dat de verschillende producenten aansprakelijk werden gehouden voor de schade van de patiënten tezamen, die ieder van hen echter niet kon hebben veroorzaakt, is in het arrest uitgemaakt dat iedere producent de schade van iedere afzonderlijke patiënt kon hebben veroorzaakt. Om die reden is dus van een afwijking van de regel geen sprake.²²⁹

Voor toepassing is daarentegen niet vereist dat alle mogelijke daders bekend zijn en als zodanig door de patiënt zijn aangesproken voor hun onrechtmatige daad of tekortkoming.²³⁰

Het hof overwoog in de DES-zaak dat artikel 6:99 BW toepassing miste, omdat vereist is dat ‘exact wordt gesteld en vervolgens ook komt vast te staan wie tot de kring der aansprakelijk te houden personen behoort’. De DES-dochters hadden echter niet gesteld – en hadden toegegeven ook niet te kunnen stellen, laat staan bewijzen – dat ‘de gestelde schade (in elk geval) (telkens) is teweeggebracht vanuit een uitputtend aan te geven kring van personen, die Des in het verkeer heeft gebracht’. De Hoge Raad overwoog in het DES-arrest echter als volgt: ‘Aangenomen moet worden dat een benadeelde kan volstaan met dagvaarding van een der aansprakelijke partijen. Evenmin kan worden geëist dat de benadeelde stelt – en dat later komt vast te staan – wie tot de kring van de aansprakelijke personen behoort. Een dergelijke eis leidt al tot een onredelijk resultaat in de klassieke onder het bereik van art. 99 vallende situatie, te weten die waarin meer personen in dezelfde richting schieten of stenen gooien: wanneer niet alle schutters of gooiers zouden kunnen worden geïdentificeerd, zou de benadeelde zelf zijn schade moeten dragen. In een situatie als in dit geding aan de orde is, leidt een eis als evenbedoeld eens te meer tot een onredelijk resultaat: de benadeelde zou zelf haar schade moeten dragen, indien zij niet alle producenten die in de relevante periode Des in het verkeer hebben gebracht,

227 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* 2013, nr. 94 en A.J. Akkermans, Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband (diss. Tilburg), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 21.

228 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* 2013, nr. 95-96.

229 HR 9 oktober 1992, NJ 1994, 535, met nt. C.J.H. Brunner (DES), rov. 3.7.3. Zie ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* 2013, nr. 93-95 en A.J. Akkermans, Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband (diss. Tilburg), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 73.

230 Zie ook J.H. Nieuwenhuis, ‘Alternatieve causaliteit en aansprakelijkheid naar marktaandeel’, Preadvies voor de Vereniging Burgerlijk Recht, 1987, p. 11. Zie voor een (niet-medisch) voorbeeld Rechtbank Arnhem 1 september 1993, KG 1993, 363.

kan identificeren, hoewel een dergelijke identificatie van alle producenten in feite vrijwel onmogelijk zal zijn.²³¹

Degenen die op grond van artikel 6:99 BW aansprakelijk zijn, zijn hoofdelijk verbonden, aldus artikel 6:99 BW in combinatie met artikel 6:102 BW. Onderling regres is mogelijk, met dien verstande dat tussen de producent en de hulpverlener een exonerationbeding kan gelden.²³²

6.3.5 *Proportionele aansprakelijkheid als alternatief*²³³

6.3.5.1 **Verschillende proportionele benaderingen**

De illustraties hebben laten zien dat een veelheid aan factoren van invloed kan zijn op het ontstaan van de schade, zoals de patiënt die uiteindelijk heeft geleden. De handvatten in de bewijsrechtelijke sfeer ten spijt blijft causaliteitsonzekerheid in ‘medische’ kwesties dan ook een veelgehoord euvel. Causaliteitsonzekerheid treedt op wanneer slechts kan worden vastgesteld dat er een kans bestaat dat de geneeskundige behandeling of het gebrek in het product oorzaak is van de schade en er evenzeer een kans bestaat dat daaraan een andere oorzaak debet is, zoals de gezondheidstoestand van de patiënt.²³⁴ Voorts treedt causaliteitsonzekerheid op, wanneer onduidelijk is wat er zou zijn gebeurd als de hulpverlener de diagnose tijdig had gesteld, de noodzakelijke behandeling wel was ingesteld, het product niet gebrekkig was, enzovoort. Er bestaat in dat geval een kans dat het verloop van het genezingsproces hetzelfde was geweest, maar ook een kans dat het verloop van het genezingsproces anders (‘beter’ of ‘slechter’) was verlopen.²³⁵ Causaliteitsonzekerheid kan ook bestaan in die gevallen waarin de hulpverlener zijn plicht schendt de patiënt te informeren over de aan een behandeling verbonden risico en niet kan worden vastgesteld welke keuze de patiënt had gemaakt, indien hij wel was geïnformeerd over dit risico. Het is mogelijk dat de patiënt voor een andere behandeling had gekozen als gevolg waarvan de schade mogelijk niet was ingetreden.²³⁶ Tot slot kan onduidelijk zijn of de patiënt een instructie

231 HR 9 oktober 1992, *NJ* 1994, 535, met nt. C.J.H. Brunner (DES), rov. 3.7.4. Zie in dezelfde zin HR 31 januari 2003, *NJ* 2003, 346, met nt. J.B.M. Vranken. Zie ook J.H. Nieuwenhuis, ‘Alternatieve causaliteit en aansprakelijkheid naar marktaandeel’, Preadvies voor de Vereniging Burgerlijk Recht, 1987, p. 11 en P. Ingelse, ‘Hoge Raad in DES-arrest: ruim baan voor artikel 6:99 BW’, *NJB afl.* 42/1992, p. 1403-1412.

232 Ingevolge artikel 6:192, tweede lid, BW. Zie voor regres par. 6.2.2.

233 In navolging van de rechtspraak van de Hoge Raad wordt proportionele aansprakelijkheid als een secundaire optie gezien, HR 24 december 2010, *NJ* 2011, 251, met nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai. Zie in die zin ook A.J. Akkermans en C.H. van Dijk, ‘Proportionele aansprakelijkheid, omkeringsregel, bewijslastverlichting en eigen schuld: een inventarisatie van de stand van zaken’, *AV&S* 2012, nr. 5, p. 157-177.

234 Vergelijk (niet-medisch) HR 31 maart 2006, *NJ* 2011, 250, met nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai.

235 Vergelijk (niet-medisch) HR 13 februari 1981, *NJ* 1981, 456, met nt. C.J.H. Brunner.

236 Vergelijk (niet-medisch) HR 24 december 2010, *NJ* 2011, 251, met nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai.

had opgevolgd, zo de hulpverlener of de producent de plicht heeft geschonden om de patiënt op het nemen van bepaalde maatregelen te wijzen.

Doorgaans wordt in genoemde typen gevallen van causaliteitsonzekerheid (al dan niet met behulp van een bewijsvermoeden) de knoop doorgehakt door ofwel het *condicio sine qua non*-verband tussen de normschending of het gebrek in het product en de schade aan te nemen, met als gevolg dat de hulpverlener of de producent volledig aansprakelijk wordt geacht, of dit verband niet aan te nemen, met als gevolg dat de vordering van de patiënt wordt afgewezen. Afwijzing van de vordering is echter niet bevredigend, indien vast staat dat er een normschending heeft plaatsgevonden of het in het verkeer gebrachte product gebrekkig is én er een kans bestaat dat die normschending of het gebrek in het product oorzaak van de schade is geweest. Toewijzing van de vordering is evenmin bevredigend, omdat de hulpverlener of de producent dan schade moet vergoeden die mogelijk niet aan zijn fout respectievelijk gebrekkig product is te wijten. Een oplossing voor deze onredelijkheid biedt het leerstuk van de proportionele aansprakelijkheid dat de causaliteit benadert via de weg van de *veroorzakingswaarschijnlijkheid*.²³⁷ Deze benadering heeft als voordeel dat zij rechtvaardiger kan zijn dan een alles of niets-benadering; dat zij minder willekeurig overkomt dan een alles of niets-benadering; dat zij het beste rekening houdt met alle omstandigheden van het geval; dat zij het meeste recht zou doen aan de onzekerheid waarmee de rechter wordt geconfronteerd; dat wat de compensatiegedachte betreft, zij op macroniveau mogelijk over- of ondercompensatie kan voorkomen; dat wat de preventiegedachte betreft, zij een prikkel op maat kan opleveren en dat zij de verwezenlijking van de materiële norm ten goede komt, omdat zij vaker wordt gehandhaafd.²³⁸ Tegen een proportionele benadering kan worden ingebracht dat het onaanvaardbaar is de gedaagde te veroordelen tot vergoeding van schade die mogelijk niet door hem is veroorzaakt; dat het aansprakelijkheidsrecht niet voor niets harde voorwaarden stelt; dat proportionele aansprakelijkheid een aanzuigende werking heeft; dat het kan leiden tot reductie van

237 Zie in het bijzonder over proportionele aansprakelijkheid A.J. Akkermans, *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband* (diss. Tilburg), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997. Zie ook C.J.M. Klaassen, *Monografieën BW, Schadevergoeding: algemeen deel 2*, Deventer: Kluwer 2007, p. 78 en 79. Vergelijk ook PETL artikel 3:105. Zie voor voorstanders van proportionele aansprakelijkheid ook M.G. Faure, (G)een schijn van kans. Beschouwingen over het Statistisch Causaliteitsbewijs bij Milieugezondheidsschade (oratie Maastricht), Antwerpen: Maklu 1993 en N. Frenk, 'Toerekening naar kansbepaling', *NJB* afl. 13/1995, p. 482-491.

238 I. Giesen en T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Proportionele tendensen in het verbintenissenrecht*, Preadvis uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht 2008, p. 61-77. Zie ook conclusie A-G M.H. Wissink bij HR 24 december 2010, *NJ* 2011, 251, met nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai.

schadevergoedingen; dat het beginsel van volledige schadevergoeding, gezien op individueel niveau, geschonden wordt en dat de hoegrootheid van kansen niet goed is te bepalen.²³⁹

De Hoge Raad heeft, ondanks de mogelijke bezwaren, een proportionele benadering aanvaard en de benadering vindt navolging in de lagere rechtspraak.²⁴⁰ Met name blijkt plaats te zijn voor een proportionele benadering, indien sprake is van schending van een norm die gezondheidsschade beoogt te voorkomen.²⁴¹ Maar daartoe is zij niet beperkt. Ook in andere gevallen kan het – *zij het met terughoudendheid* – redelijker zijn de onzekerheid over het condicio sine qua non-verband tussen de normschending en de schade over partijen te verdelen, dan deze onzekerheid volledig voor risico van de benadeelde te laten komen.²⁴² Daarvoor kan in het bijzonder aanleiding zijn, indien de aansprakelijkheid van de aangesproken partij op zichzelf vaststaat, een niet zeer kleine kans bestaat dat het condicio sine qua non-verband tussen de geschonden norm en de geleden schade aanwezig is en de strekking van de geschonden norm en de aard van de normschending de toepassing van de genoemde regel rechtvaardigen.²⁴³ De rechter die tot een proportionele benadering besluit, zal in zijn motivering moeten verantwoorden dat de strekking van de geschonden norm en de aard van de normschending toepassing van proportionele aansprakelijkheid in het concrete geval rechtvaardigen.²⁴⁴

Ook in medische zaken wordt regelmatig ‘gekozen’ voor een proportionele benadering van het condicio sine qua non-verband.²⁴⁵ In medische zaken is immers sprake van een

239 I. Giesen en T.F.E. Tjong Tjin Tai, Proportionele tendensen in het verbintenissenrecht, Preadvies uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht 2008 p. 61-77. Zie ook conclusie A-G M.H. Wissink bij HR 24 december 2010, *NJ* 2011, 251, met nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai.

240 HR 31 maart 2006, *NJ* 2011, 250, met nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai en HR 24 december 2010, *NJ* 2011, 251, met nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai. Zie HR 13 februari 1981, *NJ* 1981, 456, met nt. C.J.H. Brunner voor de benadering van een verlies van een kans (in een niet-medische zaak).

241 HR 31 maart 2006, *NJ* 2011, 250, met nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai. Zie ook A.J. Akkermans en C.H. van Dijk, ‘Proportionele aansprakelijkheid, omkeringsregel, bewijslastverlichting en eigen schuld: een inventarisatie van de stand van zaken’, *AV&S* 2012, nr. 5, p. 157-177.

242 HR 24 december 2010, *NJ* 2011, 251, met nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai en HR 21 december 2012, *JA* 2013, 41, met nt. C.H. van Dijk en A.J. Akkermans.

243 HR 24 december 2010, *NJ* 2011, 251, met nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai en HR 21 december 2012, *JA* 2013, 41, met nt. C.H. van Dijk en A.J. Akkermans.

244 HR 24 december 2010, *NJ* 2011, 251, met nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai en HR 21 december 2012, *JA* 2013, 41, met nt. C.H. van Dijk en A.J. Akkermans. Zie ook Gerechtshof Leeuwarden 17 april 2012, *JA* 2012, 144, met nt. P.J. Klein Gunnewiek.

245 Zie voor voorbeelden Gerechtshof Amsterdam 4 april 1985, *TvGr* 1986, nr. 54; Gerechtshof Amsterdam 13 juni 1985, *TvGr* 1986, nr. 38; Rechtbank Amsterdam 15 december 1993 en Gerechtshof Amsterdam 4 januari 1996, *NJ* 1997, 213 (Baby Ruth); Rechtbank Middelburg 11 maart 1998, *NJ* 1999, 41; Rechtbank Amsterdam 28 oktober 1998, *NJ* 1999, 406; Gerechtshof Arnhem 14 december 1999, *VR* 2001, 19, met nt. A.J. Akkermans; Rechtbank Zwolle 31 mei 2000, *Njkort* 2000, 89; Rechtbank Leeuwarden 12 juli 2000, *TvGr* 2001, nr. 13; Rechtbank 's-Gravenhage 12 juli 2000, *VR* 2001, 20, met nt. A.J. Akkermans; Rechtbank Roermond 12 oktober 2000, *LJN* AA7520; Rechtbank Alkmaar 3 oktober 2002, *LJN* AE8326; Gerechtshof 's-

structureel bewijsprobleem,²⁴⁶ waarvan de oorzaak gelegen is in het feit dat elk menselijk lichaam op zijn eigen manier reageert op een ingreep daarin, maar ook in de beperkingen van de medische wetenschap: niet elke oorzaak is bekend en bovendien is deze wetenschap geen exacte.²⁴⁷ In het bijzonder in die gevallen dus waarin onzeker is of de door de hulpverlener geschonden norm oorzaak van de schade is, lijkt een proportionele benadering als alternatief uitkomst te bieden.²⁴⁸ Overigens kan ook voor een proportionele benadering worden gekozen als onzeker is of het gebrek in het product de oorzaak is geweest – denk bijvoorbeeld aan de mogelijkheid dat de werking van een anticonceptiemiddel is uitgebleven door een gebrek in het product of door een lichaamseigen reactie.²⁴⁹ Opgemerkt werd reeds dat de norm die achter de risicoaansprakelijkheid van de producent schuil gaat ziet op ‘het verbod’ een gebrekkig product in het verkeer te brengen, teneinde gezondheidsschade te voorkomen.²⁵⁰ Een proportionele benadering in dergelijke zaken komt echter veel minder vaak voor (en in medische zaken voornamelijk nog geen enkele keer).²⁵¹ Hieronder wordt

Gravenhage 10 oktober 2002, *NJ* 2003, 99; Rechtbank Maastricht 21 mei 2003, *LJN* AF9045; Rechtbank Amsterdam 28 mei 2003, *NJ* 2004, 45; Rechtbank Middelburg 28 april 2004, *LJN* AP0788; Rechtbank Amsterdam 22 december 2004, *VR* 2005, 104; Rechtbank Maastricht 13 juli 2005, *JA* 2006, 44, met nt. M. Zaadhof; Gerechtshof Arnhem 17 januari 2006, *LJN* AU9962; Rechtbank Haarlem 1 maart 2006, *LJN* AV5277; Rechtbank Groningen 14 februari 2007, *NJF* 2007, 355; Rechtbank ’s-Gravenhage 31 december 2008, *JA* 2009, 31, met nt. R.W.M. Giard; Gerechtshof ’s-Gravenhage 28 april 2009, *LJN* BI4768; Rechtbank Rotterdam 10 juni 2009, *LJN* BI9931; Gerechtshof Arnhem 8 september 2009, *JA* 2010, 41, met nt. P. Silakhori; Rechtbank Arnhem 10 maart 2010, *NP* 2010, 16; Rechtbank Rotterdam 31 maart 2010, *LJN* BM0825; Rechtbank Rotterdam 14 april 2010, *LJN* BN7297; Rechtbank Amsterdam 14 juli 2010, *JA* 2011, 4, met nt. L.C. Dufour en het hoger beroep Gerechtshof Amsterdam 5 juli 2011, *LJN* BR2898; Rechtbank Utrecht 8 december 2010, *JA* 2011, 16; Rechtbank Arnhem 26 januari 2011, *JA* 2011, 82; Rechtbank Amsterdam 18 mei 2011, *JA* 2011, 112; Rechtbank Arnhem 14 december 2011, *JA* 2012, 55; Gerechtshof Leeuwarden 17 april 2012, *JA* 2012, 144, met nt. P.J. Klein Gunnewiek; Rechtbank Alkmaar 18 april 2012, *LJN* BW7789; Rechtbank Rotterdam 2 mei 2012, *LJN* BW4845; Rechtbank Rotterdam 29 augustus 2012, *LJN* BX6987; Gerechtshof Arnhem 2 september 2012, *JA* 2012, 208, met nt. R.P. Wijne; Rechtbank ’s-Hertogenbosch 12 december 2012, *LJN* BY6328 en Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 12 februari 2013, *LJN* BZ1711.

246 Al is het feit dat het bewijs van het causaal verband in het algemeen een probleem is geen vereiste op zich, zie HR 24 december 2010, *NJ* 2011, 251, met nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai.

247 Zie ook A.J. Akkermans, Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband (diss. Tilburg), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 8. Zie ook A.J. Van, Onzekerheid over ouderschap en causaliteit (diss. Rotterdam), Arnhem: Gouda Quint 1995, p. 83.

248 Zie bijvoorbeeld Rechtbank Groningen 14 februari 2007, *NJF* 2007, 355 (onzekerheid over de fout als oorzaak).

249 Voorbeeld ontleend aan de Implanon-zaken en het scala van mogelijkheden voor de schade van de patiënte (zwangerschap), Rechtbank ’s-Hertogenbosch 15 juni 2005, *JBP* 2005, 75, met nt. J.S. Kortmann.

250 Zie hoofdstuk 5, par. 5.2.

251 Zie voor een voorbeeld van een (asbest)zaak waarin de proportionele aansprakelijkheid van producent Eternit door de rechter werd afgewezen, Rechtbank Roermond 7 september 2011, *JA* 2011, 193. Zie voor een voorbeeld van een (asbest)zaak waarin de mogelijkheid van proportionele aansprakelijkheid van de producent door de voorzieningenrechter werd aangedragen Gerechtshof Leeuwarden 13 januari 2009, *LJN* BH2762. Zie voorts een (asbest)zaak waarin de kans dat de bij de persoon geconstateerde mesotheliom was veroorzaakt door blootstelling aan asbest zo groot was dat daarmee het causaal verband met het gebrekkig product (de onvoldoende waarschuwing vanuit de producent) in beginsel voldoende vaststond, Rechtbank Rotterdam 29 april 2009, *LJN* BI8604.

dan ook alleen nader op de proportionele benadering tegen de achtergrond van een normschending door de hulpverlener ingegaan.

De proportionele benadering bij onzekerheid over de normschending als oorzaak van de schade vindt haar grondslag in de gedachte die achter artikel 6:99 BW in combinatie met artikel 6:101 BW, respectievelijk alternatieve causaliteit en eigen schuld, schuil gaat.²⁵²

Door aansluiting te zoeken bij de in die artikelen vervatte uitgangspunten ontstaat aansprakelijkheid van een dader wegens diens onrechtmatige daad of toerekenbare tekortkoming die de hele schade *kan* hebben veroorzaakt, doch welke aansprakelijkheid wordt verminderd in evenredigheid met de, op een gemotiveerde schatting berustende, mate waarin de aan het slachtoffer toe te rekenen omstandigheden tot diens schade hebben bijgedragen.²⁵³

De Hoge Raad achtte de benadering voor het eerst van toepassing in de zaak Nefalit/Karamus, waarin hij arrest wees op 31 maart 2006.²⁵⁴ Deze zaak zag op een geval van werkgeversaansprakelijkheid waarin onduidelijk was of de longkanker van de werknemer het gevolg was van blootstelling aan asbest of het gevolg was van het rookgedrag van de werknemer. Een uitspraak die qua overwegingen in lijn ligt met de overweging van de Hoge Raad in het arrest Nefalit/Karamus betreft een uitspraak van de Rechtbank Groningen. De patiënten in kwestie betroffen een moeder en haar kind, de geneeskundige behandeling zag op de bevalling. Tijdens de baring was een schouderdystocie opgetreden. Na onderzoek werd bij het kind zenuwletsel in de hals vastgesteld. In de procedure kwam vast te staan dat de arts onzorgvuldig had gehandeld door te hard aan het hoofd van het kind te trekken, maar was het de vraag of er causaal verband bestond tussen het onzorgvuldig handelen en het zenuwletsel. Niet in geschil was dat een beschadiging van de plexus brachialis (een netwerk van zenuwen in het nek-schoudergebied) meerdere oorzaken kan hebben. Het letsel kan spontaan (prenataal) ontstaan, het gevolg zijn van natuurlijke krachten optredend tijdens de baring, of het gevolg zijn van overrekking bij het ontwikkelen van de schouders. De geraadpleegde deskundige kon geen

252 Benadering in HR 31 maart 2006, *NJ* 2011, 250, met nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai. Zie uitvoeriger A.J. Akkermans, Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband (diss. Tilburg), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 447. Zie ook Asser/Hartkamp & Sieburgh, 6-II* 2009, nr. 81. Zie ook HR 14 december 2012, *LJN* BX8349, rov. 4.3, waarin de uitgangspunten worden herhaald en tevens wordt benadrukt dat de artikelen 6:99 BW en 6:101 BW rechtstreeks of overeenkomstig van toepassing zijn op de schatting die door de rechter moet worden gemaakt.

253 Asser/Hartkamp & Sieburgh, 6-II* 2009, nr. 80. Zie ook A.J. Van en R.P. Wijne, 'Lies, damned lies and statistics, de berekening van het verlies van een kans bij medische aansprakelijkheid', *TVP* 2012, nr. 1, p. 16-25.

254 HR 31 maart 2006, *NJ* 2011, 250, met nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai.

duidelijkheid geven over de oorzaak. Aangenomen moest daarom worden dat het causaal verband zich niet liet vaststellen. De rechtbank overwoog daarop dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was om de onzekerheid over de mate waarin de tekortkoming van de arts tot de schade had bijgedragen in zijn geheel op eisers af te wentelen. Eveneens onaanvaardbaar, ook al was de arts tekortgeschoten in zijn zorgplicht, was het de onzekerheid over het causaal verband geheel voor risico van de arts te laten komen, omdat eveneens de kans bestond dat de schade prenataal was veroorzaakt dan wel door natuurlijke krachten tijdens de baring was ontstaan. Nu partijen zich er niet over hadden uitgelaten hoe groot de kans was dat de plexus brachialis eveneens zou zijn beschadigd indien de arts juist zou hebben gehandeld en voorts niet gebleken was dat dit alsnog met een zekere mate van waarschijnlijkheid viel vast te stellen, veroordeelde de rechtbank de arts en het ziekenhuis *ex aequo et bono* tot betaling van 75% van de schade.²⁵⁵

In de gevallen waarin onzekerheid heerst over de keuze die de patiënt zou hebben gemaakt als de hulpverlener niet zijn plicht de patiënt over het risico van de behandeling te informeren had geschonden, ligt een proportionele benadering niet voor de hand. Een proportionele benadering in zulke gevallen – waarin een gerede kans aanwezig is dat de patiënt een zelfde keuze had gemaakt bij juiste informatie en de geschonden norm ertoe strekte de patiënt in staat te stellen goed geïnformeerd te beslissen of hij al dan niet toestemming voor de voorgestelde behandeling zal geven²⁵⁶ – strookt niet met het door de Hoge Raad geformuleerde uitgangspunt dat voor een proportionele benadering slechts aanleiding bestaat, indien (naast de op zichzelf vaststaande aansprakelijkheid van de aangesproken partij) een niet zeer kleine kans bestaat dat het *condicio sine qua non*-verband tussen de geschonden norm en de geleden schade aanwezig is en de strekking van de geschonden norm en de aard van de normschending de toepassing van de genoemde regel rechtvaardigen.²⁵⁷ Mogelijk kan een proportionele benadering wel uitkomst bieden in die gevallen waarin de geschonden plicht de patiënt te informeren strekte tot het nemen van voorzorgsmaatregelen, teneinde gezondheidsschade te voorkomen. Als voorbeeld wordt gewezen op de plicht de vrouwelijke patiënte na een baarmoederoperatie te wijzen op het vermijden van intravaginaal seksueel contact teneinde een nabloeding te voorkomen. In zo een geval

255 Rechtbank Groningen 14 februari 2007, *NJF* 2007, 355. Zie ook Gerechtshof Leeuwarden 17 april 2012, *JA* 2012, 144, met nt. P.J. Klein Gunnewiek.

256 HR 23 november 2001, *NJ* 2002, 386 en HR 23 november 2001, *NJ* 2002, 387, met nt. J.B.M. Vranken (informed consent-arresten).

257 Vergelijk (niet-medisch) HR 24 december 2010, *NJ* 2011, 251, met nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai, rov. 3.8-3.10 en HR 21 december 2012, *JA* 2013, 41, met nt. C.H. van Dijk en A.J. Akkermans, rov. 3.5.2. Zie in die zin ook A.J. Akkermans en C.H. van Dijk, 'Proportionele aansprakelijkheid, omkeringsregel, bewijslastverlichting en eigen schuld: een inventarisatie van de stand van zaken', *AV&S* 2012, nr. 5, p. 157-177.

is de kans niet verwaarloosbaar klein dat de patiënte de maatregel had opgevolgd en dat de schade was uitgebleven en wijzen ook de aard en strekking van de norm (voorkomen van gezondheidsschade door te waarschuwen) op de toepasbaarheid.

Verwant aan de hierboven beschreven proportionele benadering, doch daarvan ook te onderscheiden,²⁵⁸ is de ‘proportionele benadering’ bij onzekerheid over de invloed van de normschending op de omvang van de schade. Deze benadering vindt plaats vanuit het schadebegrip en wordt doorgaans uitgedrukt als de benadering van de ‘verloren kans’.²⁵⁹ Uitgangspunt is de normale wijze waarop het *condicio sine qua non*-verband wordt vastgesteld: er wordt een vergelijking gemaakt tussen de schade in de situatie met normschending en de schade die zou zijn ontstaan in de hypothetische situatie zonder normschending.²⁶⁰ Die eerste situatie is een in werkelijkheid bestaande situatie: het is de situatie waarin de benadeelde zich thans bevindt (of op enig moment na de normschending heeft bevonden of zal bevinden). De tweede situatie is fictief: het is een situatie die er nooit zal zijn en die er ook nooit zal kunnen zijn. De benadering van de verloren kans is (dan ook) in feite niets anders dan een toepassing van de *condicio sine qua non*-test, met als bijzonderheid dat de schade wordt uitgedrukt in termen van kansen, meestal de kans op het voorkómen van (verdere) gezondheidsschade.²⁶¹ De patiënt hoeft bij toepassing van de benadering van de verloren kans niet langer te bewijzen dat de normschending door de hulpverlener de vaststaande en rechtstreekse oorzaak is van de schade van de patiënt. Hij hoeft ‘slechts’ aan te tonen dat die normschending hem een kans op genezing of op het voorkomen van letsel of overlijden heeft ontnomen.²⁶² De essentie van de benadering is dat een dergelijke

258 Zie voor kritiek op dit punt C.H. van Dijk en A.J. Akkermans bij HR 21 december 2012, *JA* 2013, 41. Van Dijk en Akkermans spreken van twee kanten van dezelfde medaille, bij welke mening ik mij aansluit.

259 HR 21 december 2012, *JA* 2013, 41, met nt. C.H. van Dijk en A.J. Akkermans. Zie uitvoeriger over de benadering van de verloren kans A.J. Akkermans, *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband* (diss. Tilburg), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, hoofdstuk 3. Zie ook A.J. Van, *Onzekerheid over ouderschap en causaliteit* (diss. Rotterdam), Arnhem: Gouda Quint 1995, p. 261-265. Zie voor een bespreking van de benadering van de verloren kans voorts M.J.J. de Ridder, ‘Kansverlies als schadefactor bij medische aansprakelijkheid’, *AA* 44 (1995) 7/8; A.J. Akkermans en C.H. van Dijk, ‘Proportionele aansprakelijkheid, omkeringsregel, bewijslastverlichting en eigen schuld: een inventarisatie van de stand van zaken’, *AV&S* 2012, nr. 5, p. 157-177 en C.J.M. Klaassen, ‘Kroniek causaliteit in het aansprakelijkheidsrecht’, *AV&S* 2012, nr. 5, p. 182-193.

260 Zie (niet-medische zaken) HR 7 december 2010, *RvdW* 2010, 1058 en HR 11 december 2009, *NJ* 2010, 3.

261 Zie voor een beschrijving van de leer A.J. Akkermans, *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband* (diss. Tilburg), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, hoofdstuk 3 en p. 431 e.v. Zie ook Asser/Hartkamp & Sieburgh, 6-II* 2009, nr. 80; A.J. Akkermans en C.H. van Dijk, ‘Proportionele aansprakelijkheid, omkeringsregel, bewijslastverlichting en eigen schuld: een inventarisatie van de stand van zaken’, *AV&S* 2012, nr. 5, p. 157-177 en C.J.M. Klaassen, ‘Kroniek causaliteit in het aansprakelijkheidsrecht’, *AV&S* 2012, nr. 5, p. 182-193.

262 HR 21 december 2012, *JA* 2013, 41, met nt. C.H. van Dijk en A.J. Akkermans (niet-medisch). Zie ook A.J. Van en R.P. Wijne, ‘Lies, damned lies and statistics, de berekening van het verlies van een kans bij medische aansprakelijkheid’, *TVP* 2012, nr. 1, p. 16-25.

kans een in geld uit te drukken waarde vertegenwoordigt: het verlies van de kans vormt vermogensschade en die moet worden vergoed.²⁶³ Het feit dat de rechter bij de benadering van de verloren kans de omvang van de schade bepaalt, betekent overigens dat de rechter niet alleen eerst nadat partijen een beroep hebben gedaan op de benadering van de verloren kans de zaak mag afdoen op dit leerstuk, maar dat hij daartoe zelfstandig mag overgaan.²⁶⁴ De benadering van de verloren kans kent, in tegenstelling tot de proportionele benadering gebaseerd op de uitgangspunten van artikel 6:99 BW en 6:101 BW, niet de beperking dat een terughoudende toepassing op zijn plaats is.²⁶⁵

Het meest bekende voorbeeld waarin de leer van de verloren kans werd toegepast betreft de casus van Baby Ruth. In deze zaak stond de medische behandeling van een pasgeboren baby centraal. De baby had kort na haar geboorte symptomen die deden denken aan een vitamine K-tekort. De behandelend kinderarts stuurde de ouders met de baby naar huis. De volgende dag volgde opname van de baby en werd een hersenbloeding aangetroffen. In de procedure die door de ouders aanhangig was gemaakt, oordeelde de Rechtbank Amsterdam dat er sprake was van onzorgvuldig handelen van de kinderarts door de baby te laat op te nemen. Opname had reeds de avond van het eerste bezoek moeten plaatsvinden. Mogelijk was dan de diagnose hersenbloeding eerder gesteld. Vervolgens was het de vraag wat het behandelingsresultaat zou zijn geweest, ware de baby wel de avond ervoor opgenomen en ware de juiste diagnose gesteld. De in die procedure geraadpleegde deskundigen gaven aan dat zij bij geen benadering konden aangeven of er bij de baby een significante vermindering van de restverschijnselen zou zijn bewerkstelligd. Zij achtten de kans echter niet groot. De rechtbank vatte het oordeel op als dat de kans op een beter resultaat niet groot was, maar ook niet nihil of verwaarloosbaar klein. Zij volgde niet de mening van de ouders dat de kans op restloos herstel verloren was gegaan; daarvoor gaf het deskundigenrapport geen aanleiding. De rechtbank begrootte de schade – bestaande in de verloren kans op een beter behandelingsresultaat – op 25%. In hoger beroep kwam het Gerechtshof Amsterdam tot een zelfde percentage.²⁶⁶

263 A.J. Akkermans, *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband* (diss. Tilburg), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 107. Zie ook A.J. Van en R.P. Wijne, 'Lies, damned lies and statistics, de berekening van het verlies van een kans bij medische aansprakelijkheid', *TVP* 2012, nr. 1, p. 16-25.

264 HR 25 september 1981, *NJ* 1982, 255.

265 HR 21 december 2012, *JA* 2013, 41, met nt. C.H. van Dijk en A.J. Akkermans, rov. 3.7. Van Dijk en Akkermans hebben kritiek op dit punt, gezien hun mening dat er slechts sprake is van twee kanten van dezelfde medaille. Zie ook Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 12 februari 2013, *LJN* BZ1711.

266 Gerechtshof Amsterdam 4 januari 1996, *NJ* 1997, 213 (Baby Ruth).

In deze paragraaf wordt tot slot een opmerking gewijd aan de mogelijkheid om zowel de ‘omkeringsregel’ als de leer der proportionele aansprakelijkheid op één en dezelfde casus toe te passen.²⁶⁷ De reden hiervoor is dat opvalt dat zowel voor de toepassing van de omkeringsregel als voor een proportionele benadering een zelfde normschending – te weten de schending van een norm die gezondheidsschade beoogt te voorkomen – vereist is en in de literatuur ten aanzien van het algemene aansprakelijkheidsrecht wordt opgemerkt dat het niet altijd even duidelijk is wanneer in een concreet geval de omkeringsregel wordt toegepast en wanneer voor een proportionele benadering wordt gekozen.²⁶⁸ Mijns inziens hangt de toepassing vooral af van het feitencomplex in het concrete geval en de wijze waarop door partijen is geprocedeerd.²⁶⁹ Mogelijk ligt toepassing van de omkeringsregel vooral voor de hand in die gevallen waarin nog slechts in enige mate onzekerheid resteert over het *condicio sine qua non*-verband tussen de normschending en de schade, zoals wel in de literatuur wordt betoogd,²⁷⁰ waaruit ik afleid dat een proportionele benadering dan voor de hand ligt, wanneer uit de feiten of stellingen van partijen genoegzaam blijkt dat een andere gebeurtenis, zoals de gezondheidstoestand van de patiënt, mogelijk aan de schade heeft bijgedragen. Vraag is dan alleen wanneer uit het feitencomplex of de stellingen van partijen blijkt van ‘enige mate onzekerheid’ (een redelijke mate van waarschijnlijkheid is alweer voldoende om *condicio sine qua non*-verband aan te nemen) en wanneer uit het feitencomplex of de stellingen van partijen ‘genoegzaam blijkt van een andere gebeurtenis als mogelijke oorzaak’ (is een andere oorzaak dan de normschending al te duidelijk, dan rijst wellicht het vermoeden dat zij dé oorzaak is en dient de zaak mijns inziens te worden afgedaan met toepassing van artikel 6:101 BW).

Een voorbeeld van een zaak waarin uitdrukkelijk tot een afwijzing van de door de patiënte bepleite toepassing van de omkeringsregel werd geoordeeld, maar de proportionele benadering werd gekozen, betreft een arrest van het Gerechtshof 's-Gravenhage. Het hof overwoog dat volledige toerekening van

267 A.J. Akkermans, *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband* (diss. Tilburg), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, hoofdstuk 6.

268 A.J. Akkermans en C.H. van Dijk, ‘Proportionele aansprakelijkheid, omkeringsregel, bewijslastverlichting en eigen schuld: een inventarisatie van de stand van zaken’, *AV&S* 2012, nr. 5, p. 157-177.

269 Zie ook A.J. Akkermans en C.H. van Dijk, ‘Proportionele aansprakelijkheid, omkeringsregel, bewijslastverlichting en eigen schuld: een inventarisatie van de stand van zaken’, *AV&S* 2012, nr. 5, p. 157-177.

270 C.J.M. Klaassen ‘Kroniek causaliteit in het aansprakelijkheidsrecht’, *AV&S* 2012, nr. 5, p. 182-193, die opmerkt dat de omkeringsregel ertoe dient om het laatste restje onzekerheid weg te nemen. Zie ook C.J.M. Klaassen, ‘De dader heeft het gedaan, maar wie is de dader? Enkele opmerkingen over (het bewijs bij) causaliteitsonzekerheid’ in: *Causaliteitsperikelen*, Deventer: Kluwer 2012, par. 4, 6.2, 6.3 en 7, alsmede S.C.J.J. Kortmann, ‘Meervoudige causaliteit. Over alternativiteit bij daders én benadeelden’, in: *Causaliteitsperikelen*, Deventer: Kluwer 2012, par. 3, die meent dat er geen ruimte is voor toepassing van de omkeringsregel indien gerede twijfel bestaat of sprake is van een oorzakelijk verband tussen de normschending en de schade. Zie eveneens de noot van W.D.H. Asser (nrs. 15-17) bij HR 29 november 2002, *NJ* 2004, 305.

de schade wegens schending van een specifieke veiligheidsnorm niet aan de orde was, maar dat het missen van een juiste diagnose centraal stond, te weten de gemiste diagnose betreffende de ontsteking van de vinger van de patiënt in kwestie. Gezien de onduidelijkheid over het verband tussen de schade en de onjuiste diagnose kwam het, zo oordeelde het hof verder, neer op een beoordeling van het verlies van patiëntes kansen op volledig herstel die zij had gehad bij een juiste diagnose en een daarop afgestemde adequate behandeling. De rechtbank oordeelde – met toepassing van de billijkheidscorrectie – dat 60% van de schade vergoed diende te worden.²⁷¹

Een voorbeeld van een zaak waarin een proportionele benadering werd afgewezen, maar met behulp van de omkeringsregel een *condicio sine qua non*-verband werd aangenomen, betreft een zaak die aan de Rechtbank Maastricht werd voorgelegd. Het medisch handelen zag op een onvoldoende narcose tijdens een oogoperatie. De patiënt was niet diep genoeg in slaap en hoestte. Er was daardoor een tweede operatie nodig (een zogeheten ‘trepanatie’). De patiënt hield na de operaties een astigmatisme (onduidelijk zien doordat het hoornvlies en in mindere mate de lens, ongelijkmatig gekromd zijn, waardoor stralen die van één punt uitgaan, niet meer tot één punt verenigd kunnen worden, met als gevolg onduidelijke beelden) van elf tot twaalf ‘dioptrieën’ (een eenheid voor sterkte). Uit het rapport van de deskundige was gebleken dat, indien er een tweede trepanatie moet worden uitgevoerd, de resultaten ongunstiger zijn dan wanneer kan worden volstaan met één trepanatie. Bij een adequate anesthesie is er een gemiddeld postoperatief astigmatisme van vier dioptrieën, aldus de deskundige. De rechtbank overwoog dat, omdat door de verkeerde narcose een tweede trepanatie nodig was gebleken, de patiënt een kans was ontnomen op een beter resultaat. De zaak lijkt tot zover te worden afgewikkeld op basis van verlies van een kans en een proportionele benadering werd als zodanig door de rechter genoemd. Vervolgens overwoog de rechtbank echter dat de twijfel over de grootte van de kans dat het resultaat beter zou zijn geweest dan thans het geval was voor risico van de hulpverlener moest komen ‘nu het ziekenhuis een veiligheidsnorm heeft overtreden – het op juiste manier anestheseren van de patiënt – die specifiek bedoeld is om ervoor te zorgen dat een complicatie als de onderhavige zich niet voordoet’. Hiermee deed zij de zaak af onder toepassing van de omkeringsregel, overigens zonder het ziekenhuis de gelegenheid te bieden tegenbewijs te leveren.²⁷²

271 Gerechtshof ‘s-Gravenhage 10 oktober 2002, NJ 2003, 99.

272 Rechtbank Maastricht 21 mei 2003, LJN AF9045.

Samenloop van beide leerstukken is naar mijn mening mogelijk in die gevallen waarin een *condicio sine qua non*-verband met behulp van de omkeringsregel voorschots wordt aangenomen, maar de hulpverlener erin slaagt dat vermoeden te ontzenuwen. In dat geval zal de rechter oordelen dat de patiënt er niet in is geslaagd het bewijs te leveren van de stelling dat het medisch handelen oorzaak is van zijn schade. De rechter kan de vordering vervolgens afwijzen, maar kan evenzeer oordelen dat het verband zich niet laat vaststellen en dat causaliteitsonzekerheid resteert. De rechter kan de zaak vervolgens afdoen op basis van proportionele aansprakelijkheid of een *condicio sine qua non*-verband aannemen met de kansschade.²⁷³ Mogelijk lijkt ook dat de rechter ten aanzien van *een deel van de schade* met behulp van de omkeringsregel een *condicio sine qua non*-verband aanneemt met de normschending en voor een ander (of groter) deel van de schade tot een proportionele aansprakelijkheid concludeert, hoewel ook kan worden gedacht aan het aannemen van een *condicio sine qua non*-verband in combinatie met een onvolledige toerekening van de schade op grond van artikel 6:98 BW.²⁷⁴

Een voorbeeld van een zaak waarin het *condicio sine qua non*-verband tussen de normschending en de schade met behulp van de omkeringsregel werd vastgesteld, althans – zo werd uitdrukkelijk overwogen – het *condicio sine qua non*-verband tussen de normschending en *een deel van de schade* kwam vast te staan, en de rechter zich vervolgens afvroeg of het ziekenhuis voor alle schade aansprakelijk was of voor slechts een gedeelte, betreft een arrest van het Gerechtshof Arnhem. Het ging in de casus om de vraag of het kind in kwestie ook met hersenletsel zou zijn geboren, indien tijdig tot een spoedkeizersnede zou zijn overgegaan. Het hof beantwoordde de hiervoor vermelde vraag door middel van een proportionele benadering en kwam tot het oordeel dat 50% van de schade van het kind in causale relatie stond tot de normschending door de hulpverlener.²⁷⁵

273 In die zin ook A.J. Akkermans, *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband* (diss. Tilburg), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 396-429. Zie voor toepassing van de omkeringsregel en mogelijk resterende onzekerheid over het causaal verband die blijkens de vragen aan de deskundige op een kansschade lijkt te worden afgedaan Rechtbank Arnhem 29 juli 2009, *LJN* BJ4640.

274 Gerechtshof Amsterdam 2 maart 2006, *LJN* AX3550 in welk arrest het *condicio sine qua non*-verband werd vastgesteld met behulp van de omkeringsregel, maar niet elk hersenletsel door de fout van de hulpverlener was veroorzaakt. Het hof koos voor een afwikkeling van de zaak onder toepassing van artikel 6:98 BW. Zie in dezelfde zin Rechtbank Maastricht 5 september 2012, *LJN* BY3180 (70% van de schade werd krachtens artikel 6:98 BW toegerekend). Zie voor deelbare schade en de opvattingen in relatie tot het causaal verband ook A.J. Van, *Onzekerheid over ouderschap en causaliteit* (diss. Rotterdam), Arnhem: Gouda Quint 1995, p. 77, 99, 128 en 238.

275 Gerechtshof Arnhem 2 september 2012, *JA* 2012, 208, met nt. R.P. Wijne.

Bijzonder is bovendien dat rechters in sommige casus bovenop de proportionele benadering een billijkheidscorrectie toepassen.

In het hiervoor gegeven voorbeeld werd door het hof het proportionele deel van 50% dat door de hulpverlener moest worden vergoed, verhoogd met 10% in verband met de billijkheid.²⁷⁶

Dit lijkt alleen te kunnen worden verklaard door de mogelijkheid van samenloop te bezien tegen de achtergrond van de wijze waarop de Hoge Raad de proportionele benadering bij de onzekerheid over de normschending als oorzaak heeft vorm gegeven;²⁷⁷ de Hoge Raad heeft gekozen voor een benadering gebaseerd op de aan de artikelen 6:99 BW en 6:101 BW ten grondslag liggende uitgangspunten. De schade kan zijn veroorzaakt door twee of meer gebeurtenissen én het staat vast dat de schade door ten minste een van deze gebeurtenissen is ontstaan, alleen is de tweede (of de derde, de vierde, enzovoort) gebeurtenis niet aan de normschending van een ander te wijten, maar gelegen in gedrag van de benadeelde zelf of in een omstandigheid die hem wordt toegerekend. Zo uiteengezet, lijkt het mogelijk dat met behulp van de omkeringsregel het vermoeden wordt aangenomen dat ‘de gebeurtenis waarvoor aansprakelijkheid bestaat’ oorzaak van de schade is en dat vervolgens met toepassing van artikel 6:101, eerste lid, BW tot uitdrukking kan worden gebracht wat het aandeel is van de benadeelde zelf. Omdat artikel 6:101, eerste lid, BW een andere causale verdeling voorstaat, indien de billijkheid dit wegens de uiteenlopende ernst van de gemaakte fouten of andere omstandigheden van het geval eist, lijkt de toepassing van de billijkheids-correctie verenigbaar met de proportionele benadering. Inmiddels heeft de Hoge Raad echter verduidelijkt dat de proportionele aansprakelijkheid ‘slechts’ is gebaseerd op de *uitgangspunten* van de artikelen 6:99 BW en 6:101 BW en dat toepassing van de billijkheids-correctie nadat de proporties zijn bepaald, op gespannen voet komt te staan met de regel van proportionele aansprakelijkheid en met de terughoudende toepassing van proportionele aansprakelijkheid.²⁷⁸ Toepassing van een correctie zou wel mogelijk zijn teneinde een *vermindering* van de vergoedingsplicht te bewerkstelligen, aldus de Hoge Raad.²⁷⁹

6.3.5.2 De proportionele benaderingen nader beschouwd

Het voorgaande rechtvaardigt een nadere bespreking van de proportionele benadering bij onzekerheid over de normschending door de hulpverlener als oorzaak van de schade en

276 Zie Gerechtshof Arnhem 2 september 2012, *JA* 2012, 208, met nt. R.P. Wijne. Zie voorts in een niet-medische zaak Gerechtshof 's-Gravenhage 28 december 2010, zaaknr. 200.024.335/01 (niet gepubliceerd).

277 HR 31 maart 2006, *NJ* 2011, 250, met nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai.

278 Zie HR 14 december 2012, *LJN* BX8349, rov. 4.3. Zie voor de daaraan voorafgaande beoordeling in hoger beroep Gerechtshof 's-Gravenhage 28 december 2010, zaaknr. 200.024.335/01 (niet gepubliceerd). Zie ook de conclusie van P-G Hammerstein.

279 HR 14 december 2012, *LJN* BX8349, rov. 4.4.

van de proportionele benadering bij onzekerheid over de invloed van de normschending op de schade. De tweede benadering wordt, zoals reeds opgemerkt, aangeduid als de benadering van de ‘verloren kans’, zulks ter onderscheiding van de proportionele benadering die is gebaseerd op de leerstukken van artikel 6:99 BW en 6:101 BW.²⁸⁰

In de literatuur wordt wel verdedigd dat de proportionele benadering met name goed kan worden gebezigd in die gevallen waarin mogelijke oorzaken in het verleden liggen. De benadering van de verloren kans zou zich bij voorkeur laten gebruiken in die gevallen waarin de onzekerheid betrekking heeft op hetgeen in de toekomst zal geschieden.²⁸¹ De Hoge Raad heeft echter geoordeeld dat dit onderscheid in elk geval niet als uitgangspunt kan dienen om de toepasbaarheid van proportionele aansprakelijkheid af te bakenen.²⁸² In zijn arrest van 2012 oordeelde de Hoge Raad bovendien andermaal dat het om verschillende, zij het verwante, leerstukken gaat. De rechtsregel van de proportionele aansprakelijkheid is geëigend om een oplossing te bieden voor sommige situaties waarin onzekerheid bestaat over het *condicio sine qua non*-verband tussen enerzijds de normschending en anderzijds de (op zichzelf vaststaande of vast te stellen) schade, en waarin die onzekerheid haar grond vindt in de omstandigheid dat de schade kan zijn veroorzaakt hetzij door de aansprakelijkheid scheppende gebeurtenis, hetzij door een voor risico van de benadeelde komende omstandigheid, hetzij door een combinatie van beide oorzaken. De benadering van de verloren kans is geëigend om een oplossing te bieden voor sommige situaties waarin onzekerheid bestaat over de vraag of een op zichzelf vaststaande tekortkoming of onrechtmatige daad schade heeft veroorzaakt, en waarin die onzekerheid haar grond vindt in de omstandigheid dat niet kan worden vastgesteld of en in hoeverre in de hypothetische situatie dat de tekortkoming of onrechtmatige daad achterwege zou zijn gebleven, de kans op succes zich in werkelijkheid ook zou hebben gerealiseerd.²⁸³

²⁸⁰ Zie voor de uitleg van het verschil ook HR 21 december 2012, *JA* 2013, 41, met nt. C.H. van Dijk en A.J. Akkermans (niet-medisch). Zie voorts A.J. Akkermans, *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband* (diss. Tilburg), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 107 e.v.; Asser/Hartkamp & Sieburgh, 6-II* 2009 nr. 80 en C.J.M. Klaassen, ‘Kroniek causaliteit in het aansprakelijkheidsrecht’, *AV&S* 2012, nr. 5, p. 182-193 en A.J. Akkermans en C.H. van Dijk, ‘Proportionele aansprakelijkheid, omkeringsregel, bewijslastverlichting en eigen schuld: een inventarisatie van de stand van zaken’, *AV&S* 2012, nr. 5, p. 157-177, die beide benaderingen onder dezelfde noemer bespreken.

²⁸¹ Asser/Hartkamp & Sieburgh, 6-II* 2009, nr. 80.

²⁸² HR 24 december 2010, *NJ* 2011, 151, met nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai.

²⁸³ HR 21 december 2012, *JA* 2013, 41, met nt. C.H. van Dijk en A.J. Akkermans.

Beide benaderingen worden in medische zaken toegepast, doch in de rechtspraak lijkt zich een voorkeur af te tekenen voor de benadering van de verloren kans.²⁸⁴ De rechtspraak laat zien dat de leer van de verloren kans op een beter behandelingsresultaat – dit kan zijn gedeeltelijk herstel, volledig herstel, overleven – het meest wordt toegepast wanneer zich een vertraging in de behandeling voordoet of in geval van het uitblijven van behandeling.

Niet de eerste, maar wel één van de meest bekende zaken waarin het causaal verband werd beslist over de band van het verlies van een kans, betrof de eerder besproken zaak van ‘Baby Ruth’. In deze zaak werd louter geoordeeld over de kans op een behandelingsresultaat. Zowel de rechtbank als het hof ging uit van de aanname dat bij tijdige opname de juiste diagnose zou zijn gesteld. Aan de orde kwam de vraag in hoeverre het handelen van de arts (er was sprake van een delay in de behandeling) een kans op een beter behandelingsresultaat had weggenomen, ervan uitgaande dat bij eerder ingrijpen de juiste diagnose was gesteld. Zowel de rechtbank als het hof oordeelde dat er sprake was van een

284 Zie voor voorbeelden van verschillende proportionele benaderingen Gerechtshof Amsterdam 4 april 1985, *TvGr* 1986, nr. 54; Gerechtshof Amsterdam 13 juni 1985, *TvGr* 1986, nr. 38; Rechtbank Amsterdam 15 december 1993 en Gerechtshof Amsterdam 4 januari 1996, *NJ* 1997, 213 (Baby Ruth); Rechtbank Middelburg 11 maart 1998, *NJ* 1999, 41; Rechtbank Amsterdam 28 oktober 1998, *NJ* 1999, 406; Gerechtshof Arnhem 14 december 1999, *VR* 2001, 19, met nt. A.J. Akkermans; Rechtbank Zwolle 31 mei 2000, *NJkort* 2000, 89; Rechtbank Leeuwarden 12 juli 2000, *TvGr* 2001, nr. 13; Rechtbank 's-Gravenhage 12 juli 2000, *VR* 2001, 20, met nt. A.J. Akkermans; Rechtbank Roermond 12 oktober 2000, *LJN* AA7520; Rechtbank Alkmaar 3 oktober 2002, *LJN* AE8326; Gerechtshof 's-Gravenhage 10 oktober 2002, *NJ* 2003, 99; Rechtbank Maastricht 21 mei 2003, *LJN* AF9045; Rechtbank Amsterdam 28 mei 2003, *NJ* 2004, 45; Rechtbank Middelburg 28 april 2004, *LJN* AP0788; Rechtbank Amsterdam 22 december 2004, *VR* 2005, 104; Rechtbank Maastricht 13 juli 2005, *JA* 2006, 44, met nt. M. Zaadhof; Gerechtshof Arnhem 17 januari 2006, *LJN* AU9962; Rechtbank Haarlem 1 maart 2006, *LJN* AV5277; Rechtbank Groningen 14 februari 2007, *NJF* 2007, 355; Rechtbank 's-Gravenhage 31 december 2008, *JA* 2009, 31, met nt. R.W.M. Giard; Gerechtshof 's-Gravenhage 28 april 2009, *LJN* BI4768; Rechtbank Rotterdam 10 juni 2009, *LJN* BI9931; Gerechtshof Arnhem 8 september 2009, *JA* 2010, 41, met nt. P. Silakhori; Rechtbank Arnhem 10 maart 2010, *NP* 2010, 16; Rechtbank Rotterdam 31 maart 2010, *LJN* BM0825; Rechtbank Rotterdam 14 april 2010, *LJN* BN7297; Rechtbank Amsterdam 14 juli 2010, *JA* 2011, 4, met nt. L.C. Dufour en het hoger beroep Gerechtshof Amsterdam 5 juli 2011, *LJN* BR2898; Rechtbank Utrecht 8 december 2010, *JA* 2011, 16; Rechtbank Arnhem 26 januari 2011, *JA* 2011, 82; Rechtbank Amsterdam 18 mei 2011, *JA* 2011, 112; Rechtbank Arnhem 14 december 2011, *JA* 2012, 55; Gerechtshof Leeuwarden 17 april 2012, *JA* 2012, 144, met nt. P.J. Klein Gunnewiek; Rechtbank Alkmaar 18 april 2012, *LJN* BW7789; Rechtbank Rotterdam 2 mei 2012, *LJN* BW4845; Rechtbank 's-Gravenhage 18 juli 2012, *LJN* BX6419; Rechtbank Arnhem 25 juli 2012, *LJN* BX4548; Rechtbank Rotterdam 29 augustus 2012, *LJN* BX6987; Rechtbank Arnhem 12 december 2012, *LJN* BY8253; Rechtbank 's-Hertogenbosch 12 december 2012, *LJN* BY6328; Rechtbank Breda 19 december 2012, *LJN* BY7399 en Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 12 februari 2013, *LJN* BZ1711. Zie voor deze conclusie ook A.J. Akkermans en C.H. van Dijk, ‘Proportionele aansprakelijkheid, omkeringsregel, bewijslastverlichting en eigen schuld: een inventarisatie van de stand van zaken’, *AV&S* 2012, nr. 5, p. 157-177.

kleine kans, 25%, op een beter behandelingsresultaat als de arts in kwestie wel tijdig had ingegrepen.²⁸⁵

De vertraging in of het uitblijven van behandeling blijkt doorgaans te zijn ontstaan door geen of een onjuiste diagnosestelling samenhangend met geen of onvoldoende onderzoek.²⁸⁶ Wanneer onzeker is of de hulpverlener in het hypothetische geval tot een juiste diagnosestelling zou zijn gekomen (en dus niet alleen onzeker is wat het resultaat was wanneer eerder was ingegrepen), wordt wel aangenomen dat de redelijkheid met zich brengt dat deze onzekerheid voor rekening van de hulpverlener blijft, omdat zijn tekortkoming het risico heeft geschapen dat de juiste diagnose achterwege is gebleven.

Een voorbeeld van een zaak waarin na een delay de ontdekking van een carcinoom als gegeven werd aangenomen en alleen de kans op een succesvolle behandeling werd beoordeeld, betreft een in 1999 gewezen arrest van het Gerechtshof Arnhem. De verloren kans op een succesvolle behandeling werd op 33⅓% geschat. De onzekerheid over het antwoord op de vraag of de diagnose daadwerkelijk was gesteld als eerder was ingegrepen werd voor rekening van de arts gelaten.²⁸⁷

Dat dit echter geen vanzelfsprekende stap is, blijkt uit een uitspraak van de Rechtbank Amsterdam. Aan de orde was het oordeel over de verloren kans op ontdekking van een carcinoom en de verloren kans op genezing, nadat de hulpverlener in kwestie had nagelaten de patiënt naar een uroloog te verwijzen. De rechtbank beoordeelde de twee verschillende kansen. Gelet op de kans van ontdekking/niet-ontdekking van het carcinoom (40 tot 60%) en gelet op de kans herstel/niet-herstel (50 tot 90%) en tevens in aanmerking genomen de gevolgen die het handelen van de patiënt na de ontdekking van het carcinoom

285 Rechtbank Amsterdam 15 december 1993 en Gerechtshof Amsterdam 4 januari 1996, *NJ* 1997, 213 (Baby Ruth). Eerder: Gerechtshof Amsterdam 4 april 1985, *TvGr* 1986, nr. 54 en Gerechtshof Amsterdam 13 juni 1985, *TvGr* 1986, nr. 38.

286 Aan de orde bij bijvoorbeeld Rechtbank Amsterdam 15 december 1993 en Gerechtshof Amsterdam 4 januari 1996, *NJ* 1997, 213 (Baby Ruth); Gerechtshof Arnhem 14 december 1999, *VR* 2001, 19, met nt. A.J. Akkermans; Rechtbank Alkmaar 3 oktober 2002, *LJN* AE8326; Rechtbank 's-Gravenhage 12 juli 2000, *VR* 2001, 20, met nt. A.J. Akkermans; Rechtbank Amsterdam 28 mei 2003, *NJ* 2004, 45; Rechtbank Amsterdam 22 december 2004, *VR* 2005, 104; Rechtbank Rotterdam 14 april 2010, *LJN* BN7297; Rechtbank Rotterdam 10 juni 2009, *LJN* BI9931; Rechtbank Utrecht 8 december 2010; *JA* 2011, 16 en Rechtbank Arnhem 26 januari 2011, *JA* 2011, 82.

287 Gerechtshof Arnhem 14 december 1999, *VR* 2001, 19, met nt. A.J. Akkermans. Een zelfde redenering is te zien bij Rechtbank 's-Gravenhage 12 juli 2000, *VR* 2001, 20, met nt. A.J. Akkermans; Rechtbank Alkmaar 3 oktober 2002, *LJN* AE8326 en Gerechtshof 's-Gravenhage 10 oktober 2002, *NJ* 2003, 99.

had gehad, achtte de rechtbank de hulpverlener aansprakelijk voor 25% van de door de patiënt geleden schade.²⁸⁸

Ook in het geval van een onjuist uitgevoerde behandeling is de benadering van de verloren kans toepasbaar.

Over het gevolg van een onjuiste behandeling oordeelde de Rechtbank Middelburg. Aan de orde was een tekortkoming door het niet in de juiste stand zetten van de ellepijp van de patiënt. In de procedure was voorts aan de orde het causaal verband tussen de slechte elleboogfunctie van de patiënt en de medische fout. Na raadpleging van een deskundige, kwam de rechtbank tot het oordeel dat niet viel vast te stellen dat het niet correct uitvoeren van de operatie oorzaak van de slechte elleboogfunctie was, maar dat evenmin vast stond dat géén causaal verband aanwezig was. Daarmee was het doek voor de patiënt echter nog niet gevallen, zo ging de rechtbank verder, en zij overwoog dat de patiënt ten tijde van de operatie een kans had om een beter behandelingsresultaat te bereiken. De patiënt kreeg 10% van haar schade vergoed.²⁸⁹

Over het gevolg van een behandeling waarmee de patiënt had ingestemd door onjuiste informatie oordeelde de Rechtbank Roermond. Het betrof het handelen van een chirurg die had nagelaten een neurochirurg te raadplegen en de patiënt in kwestie onvoldoende had geïnformeerd over de gevolgen van een expectatief beleid en de mogelijkheden van operatief ingrijpen. Nadat de rechtbank had geoordeeld dat de patiënt, ware hij goed ingelicht, had gekozen voor operatief ingrijpen, oordeelde zij vervolgens dat het risico op ziekteverschijnselen ook bij adequaat handelen (een niet expectatief beleid) 15% was. De rechtbank kwam om overigens niet geheel duidelijke redenen tot een percentage aansprakelijkheid van 75%.²⁹⁰

De benadering van de verloren kans brengt met zich dat de patiënt moet omschrijven welke kans verloren is gegaan. De rechter zal vervolgens de grootte van die kans ingevolge artikel 6:97 BW moeten schatten. Schade gerelateerd aan een kans vereist dan ook dat er

²⁸⁸ Rechtbank Amsterdam 28 oktober 1998, *NJ* 1999, 406. Zie ook Rechtbank Arnhem 26 januari 2011, *JA* 2011, 82. Zie voor een voorbeeld waarin zowel de kans op het besluit tot een operatie als de kans op overleven werd beoordeeld Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 12 februari 2013, *LJN* BZ1711.

²⁸⁹ Rechtbank Middelburg, 11 maart 1998, *NJ* 1999, 41. Zie in vergelijkbare zin Rechtbank Middelburg 28 april 2004, *LJN* AP0788 (knikstand na uitblijvende behandeling) en Rechtbank Rotterdam 29 augustus 2012, *LJN* BX6987 (posttraumatische artrose na onjuiste behandeling van fractuur).

²⁹⁰ Rechtbank Roermond 12 oktober 2000, *LJN* AA7520.

een waarde kan worden toegekend aan de verloren kans.²⁹¹ Wanneer een kans betrekking heeft op één of meer vermogensbestanddelen met een duidelijk financiële waarde, levert haar verlies een feitelijk economisch nadeel op, afgeleid van de waarde van de betreffende vermogensbestanddelen.²⁹² In het kader van medische fouten is echter geen vermogensbestanddeel verloren gegaan, maar is de gezondheid schade toegebracht. 'Gezondheid' is geen vermogensrecht en als zodanig niet overdraagbaar. Hetzelfde geldt voor de kans met betrekking tot het behouden, het herstellen of het verbeteren van de gezondheid.²⁹³ Desalniettemin kan gezondheidsschade wel vermogensschade opleveren, zoals medische kosten, het verlies van de mogelijkheid om arbeidskracht aan te wenden of huishoudelijke taken te verrichten. Gezondheidsschade impliceert voorts (aanmerkelijk) ander nadeel.²⁹⁴ Hoewel strikt genomen de waarde indirect wordt bepaald, nemen rechters zonder uitzondering de schade die het gevolg is van de gezondheidsschade van de patiënt in aanmerking om de waarde te bepalen; eerst beziet de rechter de omvang van gevolgen van de gezondheidsschade en daarna stelt hij de breuk van het totaal van die schadeposten die hij aan het verlies van een kans toeschrijft, vast.

Een voorbeeld van een waardebepaling is het arrest van het Gerechtshof 's-Gravenhage. Nadat het hof het ter vergoeden percentage had vastgesteld op 60 oordeelde hij dat van de reiskosten, paramedische kosten, kosten huishoudelijke hulp en kosten deskundigenbericht 60% vergoed diende te worden. Hetzelfde gold voor de immateriële schade.²⁹⁵

Een voorbeeld van een geval waarin de rechter zorgvuldig de percentages doorexerceerde naar de omvang van de te vergoeden schade is een uitspraak van de voorzieningenrechter Rechtbank Alkmaar. De zaak betrof een overlijden van een vrouw aan meningitis. In de procedure kwam vast te staan dat de huisarts in kwestie toerekenbaar was tekortgeschoten door het achterwege laten van diens visite om 3.15 uur. Deze visite legde hij pas af om 7.30 uur. De geraadpleegde deskundige oordeelde dat bij een visite om 3.15 uur met een verwijzing naar het ziekenhuis er een overlijdenskans bestond van 30% en aldus

291 Zie voor een voorbeeld van een overweging op dit punt Rechtbank Middelburg 11 maart 1998, *NJ* 1999, 41. Zie met dezelfde overwegingen Rechtbank Middelburg 28 april 2004, *LJN* AP0788.

292 A.J. Akkermans, *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband* (diss. Tilburg), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 172.

293 A.J. Akkermans, *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband* (diss. Tilburg), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 176.

294 A.J. Akkermans, *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband* (diss. Tilburg), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 176.

295 Gerechtshof 's-Gravenhage 10 oktober 2002, *NJ* 2003, 99. Zie ook (soms onder verwijzing naar de schadestaat) bijvoorbeeld Rechtbank Amsterdam 28 oktober 1998, *NJ* 1999, 406; Rechtbank Roermond 12 oktober 2000, *LJN* AA7520 en Rechtbank Arnhem 25 juli 2012, *LJN* BX4548.

de verloren kans op overleven 70% was. Omdat er echter ook 10% kans was dat er hoe dan ook restverschijnselen zouden hebben geresteerd, nam de rechtbank dit percentage mee bij de berekening van het gederfd levensonderhoud van de erven gerelateerd aan het inkomen wat de overleden patiënt had kunnen genereren. Bij de overige schadeposten rekende de rechtbank met de 70%.²⁹⁶

In literatuur en rechtspraak wordt ervan uitgegaan dat, wil de benadering van de verloren kans toepassing vinden, de mate van waarschijnlijkheid begrensd moet zijn: er is een minimale kans en een maximale kans.²⁹⁷ De reden hiervoor is dat het kansleerstuk te ver zou uitdijen, indien het onbegrensd zou zijn en deze vorm van causaal verband eerder regel dan uitzondering zou worden. Waar de grens ligt, is evenwel nog niet duidelijk. Wel kan uit de jurisprudentie worden afgeleid dat wanneer de verloren kans op een beter behandelingsresultaat niet nihil of verwaarloosbaar klein is – dat wil zeggen 10% of groter – de benadering van de verloren kans kan worden toegepast.²⁹⁸

Een voorbeeld betreft het eerder besproken oordeel van de Rechtbank Middelburg betreffende het causaal verband tussen de slechte elleboogfunctie van de patiënt en de fout de ellepijp niet in de juiste stand te zetten. Uit de overwegingen van deze rechtbank blijkt dat een verloren kans op een beter behandelingsresultaat van 10% groot genoeg was om de zaak af te doen op de benadering van de verloren kans.²⁹⁹

Een percentage van 5 tot 10 wordt tot nu toe evenwel als een té kleine verloren kans op een beter behandelingsresultaat gezien om de zaak op basis van de benadering van de verloren kans af te doen. Aan de orde was een delay in de behandeling van een carcinoom in de pancreas van de patiënt. De prognose bleek bij ontdekking slecht en enige tijd later overleed de patiënt. De erfgenamen begonnen een procedure tegen het ziekenhuis. In de procedure stond onder meer ter discussie het *condicio sine qua non*-verband tussen de late ontdekking

296 Rechtbank Alkmaar 3 oktober 2002, *LJN* AE8326. Zie ook Rechtbank 's-Gravenhage, 12 juli 2000, *VR* 2001, 20, met nt. A.J. Akkermans.

297 Zie A.J. Akkermans, *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband* (diss. Tilburg), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 244-246 en A.J. Akkermans en C.H. van Dijk, 'Proportionele aansprakelijkheid, omkeringsregel, bewijslastverlichting en eigen schuld: een inventarisatie van de stand van zaken', *AV&S* 2012, nr. 5, p. 157-177.

298 Zie de overwegingen van het Gerechtshof Amsterdam 4 januari 1996, *NJ* 1997, 213 (Baby Ruth) evenals Rechtbank Zwolle 31 mei 2000, *NJ kort* 2000, 89; Rechtbank Middelburg 11 maart 1998, *NJ* 1999, 41 en Rechtbank Arnhem 10 maart 2010, *NP* 2010, 16.

299 Rechtbank Middelburg 11 maart 1998, *NJ* 1999, 41. Zie voor 10% aansprakelijkheid ook Rechtbank Arnhem 10 maart 2010, *NP* 2010, 16. Zie voor 15% aansprakelijkheid Rechtbank Arnhem 25 juli 2012, *LJN* BX4548.

van het carcinoom en de begrafeniskosten van de erfgenamen. Vast kwam te staan dat bij een eerdere ontdekking een andere behandeling was ingesteld, een radicale pancreasstaartresectie. Volgens de geraadpleegde deskundige was echter ook in dat geval de kans op genezing erg klein geweest. In navolging van dat deskundigenoordeel kwam de rechtbank tot het oordeel dat er maar een zeer kleine kans was op genezing en wel een kans van 5 tot 10%. Deze kans was volgens de rechtbank te klein om een kans op een causaal verband tussen het delay en de begrafeniskosten aan te nemen en dus volgde een afwijzing van de vordering. De rechtbank voegde daaraan toe dat hoewel in geval van een gemiste kans aanleiding kan bestaan om een percentage van de schade als vergoeding toe te kennen, welk percentage dan gelijk is aan het percentage van de gemiste kans, daarvoor slechts aanleiding bestaat als de kans dat de schade zonder de medische fout niet zou zijn geleden, reëel is.³⁰⁰

Een voorbeeld van een te grote verloren kans op een beter behandelingsresultaat, met als gevolg dat de volledige schade diende te worden vergoed, betreft een zaak waarin een neuroloog na MRI-onderzoek van de patiënt geen verdere behandeling instelde. Enige tijd later werd bij de patiënt een verkalkte hernia vastgesteld. Daardoor en door de operatie erna werd een incomplete dwarslaesie veroorzaakt. Vast kwam te staan dat de neuroloog in kwestie was tekortgeschoten door na het MRI-onderzoek geen nader onderzoek te laten verrichten. Vervolgens werd het causaal verband tussen de tekortkoming en de schade van de patiënt ter discussie gesteld. De daartoe geraadpleegde deskundige vermeldde in zijn rapport dat het hem aannemelijk leek dat wanneer eerder een operatie-indicatie was gesteld de kans op verslechtering (opgemerkt wordt dat het hier niet ging om de kans op succes) door de operatie minder dan 5% zou bedragen. Het hof was van oordeel dat deze kans zodanig gering was dat ervan moest worden uitgegaan dat het letsel van de patiënt geheel was veroorzaakt door de fout van de neuroloog en bij juist handelen achterwege zou zijn gebleven.³⁰¹

300 Rechtbank Amsterdam 18 mei 2011, *JA* 2011, 112. Zie voor een te kleine kans ook Gerechtshof Arnhem 15 maart 2011, *JA* 2011, 81. Zie eveneens Rechtbank Breda 19 december 2012, *LJN* BY7399 (verloren kans te speculatief); Rechtbank Arnhem 12 december 2012, *LJN* BY8253 (verloren kans op uitblijven amputatie te gering) en Gerechtshof 's-Hertogenbosch 4 juni 2013, *LJN* CA2219 (verlies van een reële kans niet aangetoond).

301 Gerechtshof Arnhem 8 september 2009, *JA* 2010, 41, met nt. P. Silakhori. Zie voor een te grote kans (95%) ook Rechtbank 's-Gravenhage 18 juli 2012, *LJN* BX6419

Mogelijk is voorts dat de rechter omdat vaststaat dat de arts is tekortgeschoten beslist dat bij de begroting van de kans de patiënt het voordeel van de twijfel moet krijgen, door – naar ik begrijp – de kansen in het voordeel van de patiënt uit te leggen.³⁰²

6.3.5.3 Wanneer welke proportionele benadering; de rekenmethoden

Met het voortschrijden van de techniek en het vergaren van de kennis om gevolgen van een behandeling in percentages uit te drukken, wordt in gevallen van proportionele aansprakelijkheid wel gebruik gemaakt van statistische gegevens.³⁰³ Een eventueel bezwaar hiertegen is dat een statistisch gemiddelde nog niet wil zeggen dat dit percentage ook van toepassing is op het individuele geval. Toch hoeft dit geen probleem op te leveren, zolang de patiënt de mogelijkheid heeft om onderbouwd duidelijk te maken, dat er voor hem een andere kans geldt.³⁰⁴ Doorgaans worden de statische gegevens aangereikt door een geraadpleegde deskundige.³⁰⁵ Deskundigen zijn in staat gebleken om met aanknopingspunten te komen, al dan niet onderbouwd met medisch wetenschappelijke literatuur.³⁰⁶ Wat evenwel een gevaar of nadeel is gebleken, is dat de rechter op basis van door de medische wetenschap aangedragen percentages tot ingewikkelde – zelfs minutieuze – kansberekeningen komt die op zichzelf al aanleiding kunnen zijn voor een discussie.³⁰⁷

Een voorbeeld betreft een uitspraak van de Rechtbank Amsterdam. In de zaak stond vast dat de patiënt aan een herseninfarct forse beperkingen had overgehouden. Voor deze schade hield hij het ziekenhuis aansprakelijk, omdat deze de TIA die aan het herseninfarct voorafging te laat had ontdekt en zodoende eerst op 10 juni 2007 (de vijfde dag na het infarct) met medicatie werd gestart in plaats van op 7 juni 2007 (de derde dag na het infarct). Naar de patiënt stelde had bij eerdere ‘profylactische’ medicatie het infarct kunnen worden voorkomen,

302 Rechtbank Rotterdam 2 mei 2012, *LJN* BW4845 besliste in die zin.

303 A.J. Akkermans, Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband (diss Tilburg), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 187.

304 Zie ook A.J. Akkermans, Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband (diss Tilburg), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 188 met verwijzing naar buitenlandse jurisprudentie.

305 Zie voor voorbeelden Gerechtshof Arnhem 17 januari 2006, *LJN* AU9962; Rechtbank 's-Gravenhage 31 december 2008, *JA* 19 maart 2009, 31, met nt. R.W.M. Giard; Rechtbank Rotterdam 10 juni 2009, *LJN* BI9931; Rechtbank Arnhem 10 maart 2010, *NP* 2010, 16; Rechtbank Rotterdam 31 maart 2010, *LJN* BM0825; Rechtbank Rotterdam 14 april 2010, *LJN* BN7297; Rechtbank Arnhem 26 januari 2011, *JA* 2011, 82; Rechtbank Alkmaar 18 april 2012, *LJN* BW7789 en Rechtbank Rotterdam 29 augustus 2012, *LJN* BX6987.

306 Zie voor een zaak waarin het verweer dat omdat medisch wetenschappelijke literatuur ontbrak de benadering van de verloren kans niet kon worden toegepast, werd gepasseerd Rechtbank Rotterdam 2 mei 2012, *LJN* BW4845. Zie eveneens A.J. Akkermans en C.H. van Dijk, 'Proportionele aansprakelijkheid, omkeringsregel, bewijslastverlichting en eigen schuld: een inventarisatie van de stand van zaken', *AV&S* 2012, nr. 5, p. 157-177 die menen dat die eis te streng zou zijn.

307 Zie voor minutieuze berekeningen Gerechtshof 's-Gravenhage 28 april 2009, *LJN* BI4768 en Rechtbank Maastricht 13 juli 2005, *JA* 2006, 44, met nt. M. Zaadhof.

althans was de kans op een herseninfarct kleiner geweest. Het ziekenhuis erkende dat het de TIA drie dagen eerder had kunnen ontdekken, maar betwistte dat er een causaal verband bestond tussen het delay en de schade van de patiënt. Partijen schakelden ter beslechting van het geschil buiten rechte een deskundige in. Deze beschreef onder meer dat de kans dat een herseninfarct optreedt na een TIA binnen 90 dagen 10,3% is wanneer de profylactische medicatie na een mediane duur van 20 dagen wordt voorgeschreven, terwijl deze kans 2,1 % is wanneer de profylactische medicatie na een mediane duur van één dag wordt voorgeschreven. Een verschil derhalve van 8,2%. De deskundige bepaalde de kans dat de patiënt een herseninfarct zou hebben gekregen binnen 90 dagen na het optreden van de eerste verschijnselen 1,7% kleiner zou zijn geweest als de medicatie vier dagen eerder zou zijn voorgeschreven (4 dagen/20-1 dag(en) x 8,2%). De rechtbank concludeerde hieruit dat de kans op een beter behandelingsresultaat 1,7% was en dus verwaarloosbaar klein. De rechtbank volgde de patiënt niet in zijn stelling dat de verloren kans 98,3% was, omdat de situatie met fout op 100% moest worden bepaald. De vordering werd mitsdien afgewezen.³⁰⁸

Bovendien blijkt uit de rechtspraak dat met verschillende ‘kansen’ wordt gerekend, wat tot uiteenlopende resultaten leidt. Sommige rechters nemen bijvoorbeeld als vertrekpunt voor het bepalen van de verloren kans op een beter behandelingsresultaat de kans op gezondheidsschade na onjuiste behandeling en stellen deze op 100% – kennelijk omdat de schade (het overlijden, het letsel) zich heeft gerealiseerd –, terwijl andere rechters uitgaan van de kans op gezondheidsschade zoals die er was voordat het intreden van gezondheidsschade door tijdsverloop duidelijk werd.

Een voorbeeld van de eerste wijze van berekening betreft een zaak die aan de Rechtbank Alkmaar werd voorgelegd. De zaak zag op een patiënt bij wie de diagnose hersenvliesontsteking werd gemist. De patiënt overleed daardoor. De door de rechtbank geraadpleegde deskundige oordeelde dat bij een tijdige visite en verwijzing naar het ziekenhuis de kans op overlijden ongeveer 30% zou hebben bedragen. De rechtbank leidde hieruit af dat op het moment van de fout een overlevingskans bestond van 70% (100% minus 30%) en dat deze kans verloren was gegaan.³⁰⁹ De rechtbank hield rekening met het tijdsverloop en rekende met de gerealiseerde kans op schade, deze was 100% nu de dood was ingetreden.

308 Rechtbank Amsterdam 14 juli 2010, JA 2011, 4, met nt. L.C. Dufour.

309 Rechtbank Alkmaar 3 oktober 2002, LJN AE8326.

Een voorbeeld van de tweede wijze van berekening betreft een zaak die aan de Rechtbank Maastricht werd voorgelegd. De zaak betrof een man die in zijn hand werd gebeten door de hond van een ander. Ter verzorging van de wond bracht hij een bezoek aan zijn huisarts. Deze plakte de wond dicht. Er ontstond een infectie met vleesetende bacteriën, waardoor de patiënt tot tweemaal toe moest worden geopereerd. Bovendien ontwikkelde zich een dystrofie in de hand. De patiënt verweet zijn huisarts dat hij de wond verkeerd had behandeld en dat zich hierdoor een posttraumatische dystrofie had ontwikkeld, in welk standpunt hij werd gesteund door een deskundige. Volgens deze deskundige was het dichtplakken van de wond in strijd met de professionele standaard en zou de kans op een posttraumatische dystrofie bij een juiste behandeling 1 à 2% hebben bedragen. Door de opgetreden infectie was deze kans ten minste verdubbeld (4%). De patiënt leidde hieruit af dat hij bij een juiste behandeling een kans op volledig herstel zou hebben gehad van 98% à 99% (100% minus 1 à 2%). Hij paste aldus dezelfde methode toe als eerder de Rechtbank Alkmaar had gedaan. De rechtbank volgde de patiënt daarin niet en oordeelde dat door de medische fout de kans op volledig herstel was gedaald van 99% naar 96%. Dat betekende volgens de rechtbank een verlies van een kans op volledig herstel van 3%. Dit was volgens de rechtbank een zo geringe daling van de kans, dat niet kon worden geconcludeerd dat een causaal verband aanwezig was tussen de tekortkoming en het ontstaan van de dystrofie.³¹⁰ De rechtbank hield in dit geval geen rekening met het tijdsverloop en rekende met kansen zoals die voorafgaand aan de gebeurtenis bekend waren.

Tot slot blijkt uit de door rechters berekende percentages dat de benadering van de proportionele aansprakelijkheid soms tot andere uitkomsten leidt dan de benadering van de verloren kans. Hoewel hun uitgangspunten anders zijn en het te onderscheiden leerstukken betreft, wordt het probleem van de causaliteitsonzekerheid echter op zich vanuit dezelfde optiek belicht, wat betekent dat welke benadering ook wordt gehanteerd, zij tot een zelfde percentage aansprakelijkheid leiden of dat zouden moeten doen.³¹¹

310 Rechtbank Maastricht 13 juli 2005, *JA* 2006, 44, met nt. M. Zaadhof. In dezelfde zin Rechtbank Amsterdam 14 juli 2010, *JA* 2011, 4, met nt. L.C. Dufour.

311 Zie ook A-G Spier bij HR 21 december 2012, *JA* 2013, 41, met nt. C.H. van Dijk en A.J. Akkermans, rov. 3.12.2. Zie nader A.J. Akkermans, *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband* (diss. Tilburg), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 431, 445 en 446; Asser/Hartkamp & Sieburgh, 6-II* 2009 nr. 80; A.J. Van en R.P. Wijne, 'Lies, damned lies and statistics, de berekening van het verlies van een kans bij medische aansprakelijkheid', *TVP* 2012, nr. 1, p. 16-25; B.C.J. van Velthoven, 'Schadekansen bij medische fouten, proportionele aansprakelijkheid in de praktijk', *TvGr* 2011, nr. 1, p. 18-37; annotatie M. Zaadhof bij Rechtbank Maastricht 13 juli 2005, *JA* 2006, 44; A.J. Akkermans en C.H. van Dijk, 'Proportionele aansprakelijkheid, omkeringsregel, bewijslastverlichting en eigen schuld: een inventarisatie van de stand van zaken',

Gezien de uitkomsten en verschillen is het de vraag of het partijen en de rechter duidelijk is wanneer in medische zaken voor welke benadering moet worden gekozen en welke rekenmethode moet worden gehanteerd. De wijze waarop de benaderingen tot een percentage aansprakelijkheid leiden vereist daarom een nadere analyse.

Voorop wordt gesteld dat de benadering van de verloren kans niets anders is dan een toepassing van de leer van de *condicio sine qua non*, zij het dat de schade wordt uitgedrukt in termen van kansen.³¹² De wijze van berekening is dan de volgende: *kansverlies is de kans op het intreden van (verdere) gezondheidsschade in de situatie met fout minus de kans op het intreden van (verdere) gezondheidsschade in de situatie zonder fout.*³¹³

Het komt voor dat de kans niet wordt uitgedrukt in een kans op het intreden van (verdere) gezondheidsschade, maar – omgekeerd – in een kans op het vermijden van (verdere) gezondheidsschade. De formule luidt dan *kansverlies is de kans op vermijding van (verdere) gezondheidsschade in de situatie zonder fout minus de kans op vermijding van (verdere) gezondheidsschade in de situatie met fout.*

De kans op het intreden van (verdere) gezondheidsschade in de situatie met fout moet, evenals bij toepassing van de *condicio sine qua non*-test, worden bepaald aan de hand van de werkelijke situatie waarin de benadeelde patiënt zich bevindt. Omdat de gezondheidsschade daarin een niet te miskennen realiteit is, wordt deze kans in de praktijk doorgaans op 100% gesteld. Dit is een logische gedachte, maar statistisch gezien is het niet in alle gevallen geoorloofd deze kans ‘zo maar’ op 100% te stellen. Dit is slechts toegestaan in die gevallen waarin vóóraf zeker is dat bij het ontbreken van adequate medische behandeling de patiënt gezondheidsschade zal lijden (hierna ook geduid als ‘categorie A’). Immers, de kans op gezondheidsschade in de situatie met fout moet worden gezien als een – zoals statistici aanduiden – ‘voorwaardelijke kans’ het betreft de kans op een bepaalde gebeurtenis, gegeven het feit dat een andere gebeurtenis zal plaatsvinden.³¹⁴ De kans op gezondheidsschade in de situatie met fout is een dergelijke ‘voorwaardelijke kans’, te weten de kans

AV&S 2012, nr. 5 p. 157-177 en C.H. van Dijk en A.J. Akkermans in hun noot bij HR 21 december 2012, JA 2013, 41.

312 HR 21 december 2012, JA 2013, 41, met nt. C.H. van Dijk en A.J. Akkermans. Zie voorts A.J. Akkermans, *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband* (diss. Tilburg), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, hoofdstuk 3 en p. 431 e.v. en Asser/Hartkamp & Sieburgh, 6-II* 2009, nr. 80.

313 A.J. Van en R.P. Wijne, ‘Lies, damned lies and statistics, de berekening van het verlies van een kans bij medische aansprakelijkheid’, *TVP* 2012, nr. 1, p. 16-25.

314 Theorema van Bayes. Het betreft een bewezen theorie van de wiskundige Thomas Bayes, *An Essay Towards Solving a Problem in the Doctrine of Chances*, 1763, postuum gepubliceerd door R. Price in de *Philosophical Transactions of the Royal Society of London*.

dat de gezondheidstoestand van een patiënt met een bepaalde ziekte of aandoening achteruit zal gaan, als deze ziekte of aandoening niet of niet tijdig wordt gediagnosticeerd en/of adequaat wordt behandeld.³¹⁵ Een en ander betekent dat de aard (ernst) van de ziekte van de patiënt, in combinatie met het tijdsverloop bepalend is voor de omvang van de kans op gezondheidsschade in de situatie met fout. (Pas) als het gaat om een ziekte of aandoening waarvan bekend is dat deze zonder adequate medische behandeling na verloop van tijd altijd bij iedere patiënt in ernst toeneemt, dan bedraagt de kans op gezondheidsschade in de situatie met fout 100% als de patiënt gedurende enige tijd verstoken blijft van die adequate medische behandeling.³¹⁶

Een voorbeeld van een dergelijke situatie is te vinden in het hierboven besproken vonnis van de Rechtbank Alkmaar.³¹⁷ De zaak betrof een patiënt bij wie de diagnose hersenvliesontsteking werd gemist. Niet ingrijpen leidt bij deze aandoening na enige tijd met zekerheid tot verergering van het ziektebeeld en uiteindelijk tot de dood. In gevallen als deze kan de methode van het verlies van een kans probleemloos worden toegepast door de kans op gezondheidsschade in de situatie met fout (die hier 100% bedraagt) te verminderen met de kans op gezondheidsschade in de situatie zonder fout.

In die gevallen waarin vooraf duidelijk is dat het uitblijven van adequate medische behandeling bij sommige patiënten wel tot schade leidt, maar bij andere patiënten niet (hierna ook geduid als 'categorie B') – terwijl er ook nog steeds een kans bestaat op schade zonder fout – bedraagt de 'voorwaardelijke kans' op schade in de situatie met fout daarentegen *minder* dan 100%. De kans op het intreden van (verdere) gezondheidsschade in de situatie met fout kan dan ook niet op 100% worden gesteld. De hiervoor geschetste rekenmethode – *kansverlies is de kans op het intreden van (verdere) gezondheidsschade in de situatie met fout minus de kans op het intreden van (verdere) gezondheidsschade in de situatie zonder fout* – zou tot een onjuiste uitkomst leiden.³¹⁸

315 Het theorema van Bayes wordt vaak gebruikt bij medische diagnosticering, zie bijvoorbeeld het beslissings-ondersteunende expertsysteem 'ProMedas', dat is gebaseerd op een Bayesiaans netwerk. Het systeem werd ontwikkeld door de vakgroep Medical Physics and Biophysics van de Universiteit Nijmegen, zie B. Wemmenhove e.a., 'Inference in the Promedas medical expert (46)'. Zie voorts J.D.F. Habbema, 'Beslissingsondersteunende technieken voor de kliniek', *NTvG* 1988; 132:343-9 en W.P. Oosterhuis e.a., 'Ervaringen met verschillende methoden voor het verbeteren van het aanvragen van laboratoriumbepalingen in de huisartsenpraktijk', *Ned Tijdschr Klin Chem* 1995; 20:72-75

316 Ingevolge Theorema van Bayes.

317 Rechtbank Alkmaar 3 oktober 2002, *LJN* AE8326.

318 Zie uitvoeriger A.J. Van en R.P. Wijne, 'Lies, damned lies and statistics, de berekening van het verlies van een kans bij medische aansprakelijkheid', *TVP* 2012, nr. 1, p. 16-25 en de annotatie van M. Zaadhof bij Rechtbank Maastricht 13 juli 2005, *JA* 2006, 44.

Een voorbeeld van een situatie waarin de kans op het intreden van gezondheidsschade minder was dan 100% betreft de eerder besproken uitspraak van de Rechtbank Maastricht.³¹⁹ Vooraf stond niet vast dat het dichtplakken van de wond tot een ontwikkeling van dystrofie zou leiden. Dit is bij sommige patiënten wel het geval, maar bij andere patiënten niet.³²⁰

In die gevallen ligt het voor de hand om te kiezen voor de proportionele benadering. Feitelijk is immers onduidelijk of de medische behandeling oorzaak is van de schade en, zoals ook de Hoge Raad heeft bepaald, is in die gevallen de proportionele benadering geëigend om een oplossing te bieden. De wijze van berekening is dan de volgende: *proportionele aansprakelijkheid is (kans op gezondheidsschade in de situatie met fout minus kans op gezondheidsschade in de situatie zonder fout) gedeeld door kans op gezondheidsschade in de situatie met fout maal 100%*.³²¹

Toch kan ook de rekenkundige benadering van de verloren kans worden toegepast, zij het niet op dezelfde wijze als in de gevallen waarin de kans op gezondheidsschade met fout gelijk is aan 100%. Wat (achteraf) met zekerheid vaststaat, is dat de gezondheidsschade ofwel is ontstaan door de medische fout, ofwel door de reeds aanwezige ziekte of aandoening van de patiënt, ofwel door een combinatie van beide. Statistisch gezien betekent dit dat, als de schade een feit is, de som van de kansen dat een van beide factoren (de ziekte of de fout) daarvan de oorzaak is, gelijk moet zijn aan 100%.³²² Waar dat niet het geval is, zullen beide kansen (de kans dat de fout oorzaak en de kans dat de ziekte dat is) moeten worden vermenigvuldigd met een zodanige factor dat hun som alsnog gelijk wordt aan 100%.³²³ Oftewel, als de kans op gezondheidsschade in de situatie met fout kleiner is dan 100%, dan dient voor een correcte berekening van de kans dat de fout oorzaak is, die kans te worden vermenigvuldigd met een zodanige factor, dat deze alsnog 100% gaat bedragen. Wordt deze kans echter vermenigvuldigd, dan zal – om het kansverlies correct te kunnen bepalen – de kans op gezondheidsschade in de situatie zonder fout óók moeten worden vermenigvuldigd met die factor. Dit betekent dat de omvang van het kansverlies in deze gevallen

319 Rechtbank Maastricht 13 juli 2005, JA 2006, 44, met nt. M. Zaadhof. In dezelfde zin Rechtbank Amsterdam 14 juli 2010, JA 2011, 4, met nt. L.C. Dufour.

320 Zie ook de annotatie van M. Zaadhof bij Rechtbank Maastricht 13 juli 2005, JA 2006, 44. Zie ook A.J. Van en R.P. Wijne, 'Lies, damned lies and statistics, de berekening van het verlies van een kans bij medische aansprakelijkheid', TVP 2012, nr. 1, p. 16-25.

321 Een andere rekenmethode geschetst door M. Zaadhof in de annotatie bij Rechtbank Maastricht 13 juli 2005, JA 2006, 44 is de volgende: *attributief risico is (relatief risico minus 1) gedeeld door relatief risico x 100%*. Deze rekenmethode komt op hetzelfde neer. Zie voor een bespreking van rekenmodellen bij kansverlies ook B.C.J. van Velthoven, 'Schadekansen bij medische fouten, proportionele aansprakelijkheid in de praktijk', TvGr 2011, nr. 1, p. 18-37.

322 Ingevolge Theorema van Bayes.

323 Ingevolge Theorema van Bayes.

op een juiste wijze kan worden vastgesteld aan de hand van de volgende berekening: *kansverlies is X maal de kans op (verdere) gezondheidsschade in de situatie met fout minus X maal de kans op (verdere) gezondheidsschade in de situatie zonder fout, waarbij X een zodanige waarde heeft dat X maal de kans op (verdere) gezondheidsschade met fout is gelijk aan 100%.*³²⁴ Zowel de benadering van de proportionele aansprakelijkheid als de benadering van de verloren kans leidt dan tot dezelfde uitkomst, zo toont ter verduidelijking het volgende voorbeeld.³²⁵

Een patiënte is in het ziekenhuis bevallen van een dochter. Tijdens de baring is een schouderdystocie (zenuwletsel ter plaats van de schouder) opgetreden. Vast staat dat de gynaecoloog tijdens de baring te hard aan het hoofd heeft getrokken en dat dit als een tekortkoming (fout) moet worden aangemerkt. De fout is een mogelijke oorzaak van de schouderdystocie. Een schouderdystocie kan evenwel ook spontaan (prenataal) ontstaan, het gevolg zijn van natuurlijke krachten optredend tijdens de baring, of het gevolg zijn van overrekking bij het ontwikkelen van de schouders. Aangenomen moet worden dat het *condicio sine qua non*-verband zich niet laat vaststellen. De verdere voorhanden zijnde informatie toont dat de incidentie van schouderdystocie onder alle zwangere vrouwen zonder fout 3% per jaar is en dat de kans op een schouderdystocie bij een te harde tractie aan het hoofd 7% per jaar is.³²⁶ Niet elke tractie aan het hoofd tijdens een bevalling leidt tot een schouderdystocie bij het kind. Aldus is sprake van een geval van 'categorie B'. Gesteld dus dat de kans op een schouderdystocie bij een te harde tractie aan het hoofd bij 7% per jaar is en dat in 3% van de gevallen schouderdystocie sowieso jaarlijks zonder fout voorkomt, dan brengt de rekenmethode van de proportionele aansprakelijkheid de volgende uitkomst met zich: $(7-3)/3 \times 100$ is 57. Oftewel, de hulpverlener is aansprakelijk voor 57% van de schade. De casus kan ook worden bekeken vanuit de rekenkundige benadering van de verloren kans. De kans op een schouderdystocie in de situatie met fout is vooraf 7% geacht, maar heeft zich in dit geval gerealiseerd. Daar moet de kans op een schouderdystocie zonder schouderdystocie vanaf worden getrokken. Deze is vooraf op 3% bepaald. Wordt de rekenmethode van de verloren kans toegepast, dan geeft dat dezelfde uitkomst als de proportionele benadering: de kans op schouderdystocie bij een foute behandeling (was 7%) wordt op 100% gesteld en de kans op schouderdystocie bij een juiste behandeling (was 3%) moet navenant worden verhoogd. Oftewel $100\% (=14,29 \times 7\%) - 42,87\% (=14,29 \times$

324 Zie voor een bespreking van rekenmodellen bij kansverlies ook B.C.J. van Velthoven, 'Schadekansen bij medische fouten, proportionele aansprakelijkheid in de praktijk', *TvGr* 2011, nr. 1, p. 18-37.

325 Dit is juist omdat in feite sprake is van twee kanten van dezelfde medaille, zie ook C.H. van Dijk en A.J. Akkermans in hun noot bij HR 21 december 2012, *JA* 2013, 41

326 In werkelijkheid ligt dat percentage tussen 0,1 en 3, zie Richtlijn Schouderdystocie 17 september 2008, te downloaden via de website van de Nederlandse Vereniging voor Obstetrie en Gynaecologie <www.nvog.nl>.

3%) is 57% kans op een kind zonder schouderdystocie als er niet te hard aan het kind was getrokken en dus is de hulpverlener aansprakelijk voor 57% van de schade.

In die gevallen tot slot waarin noch vóóraf zeker is dat het ontbreken van adequate medische behandeling tot gezondheidsschade leidt, noch duidelijk is dat dit voor sommige patiënten het geval is, maar slechts duidelijk is dat de gezondheidsschade nog niet is ingetreden, maar mogelijk in de toekomst wel kán ontstaan (hierna ook aangeduid als ‘categorie C’), moet zowel voor de situatie met als voor de situatie zonder fout worden gerekend met de kans zoals die vooraf bekend was: de kans dat een patiënt bij wie een bepaalde aandoening of ziekte is geconstateerd bij het ontbreken van adequate medische behandeling nadelige gevolgen zal ondervinden voor zijn of haar gezondheid ongeacht of deze nadelige gevolgen wel of niet zijn ingetreden.³²⁷ Een voorbeeld van een dergelijke situatie is die waarin bij een jonge vrouw de diagnose baarmoederhalskanker is gemist. Het tumorweefsel kan nog worden verwijderd, maar de kans op recidive is door het delay aanmerkelijk vergroot. De schade van de patiënte bestaat hier uit de mate waarin voor haar de kans op recidive van de aandoening is toegenomen.³²⁸

De analyse van de rekenmethoden van de verschillende benaderingen in ogenschouw genomen, blijkt dat in sommige gevallen rechters voor onjuiste berekeningen hebben gekozen en de patiënt in sommige gevallen geen schade vergoed heeft gekregen, terwijl de proportionele aansprakelijkheid niet gering was.³²⁹ Dit is onwenselijk.³³⁰

Een eerste voorbeeld uit de rechtspraak van een casus waarbij de rechter ‘vergat’ om de kanspercentages te vermenigvuldigen betreft de zaak voorgelegd aan de Rechtbank Maastricht van de patiënt die, nadat hij in zijn hand was gebeten door een hond, een posttraumatische dystrofie opliep. Wat de rechtbank deed was het kansverlies op een abstracte wijze berekenen (kans vooraf op schade met fout minus kans vooraf op schade zonder fout, 4% – 1% is 3%). Zij

327 Zie ook J.D.F. Habbema, ‘Beslissingsondersteunende technieken voor de kliniek’, *NTvG* 1988; 132:343-9 en W.P. Oosterhuis e.a., ‘Ervaringen met verschillende methoden voor het verbeteren van het aanvragen van laboratoriumbepalingen in de huisartsenpraktijk’, *Ned Tijdschr Klin Chem* 1995; 20:72-75.

328 Dit is de methode die de Rechtbank Maastricht – in die casus ten onrechte – hanteerde, zie Rechtbank Maastricht 13 juli 2005, *JA* 2006, 44, met nt. M. Zaadhof.

329 Zie eveneens A.J. Van en R.P. Wijne, ‘Lies, damned lies and statistics, de berekening van het verlies van een kans bij medische aansprakelijkheid’, *TVP* 2012, nr. 1, p. 16-25; B.C.J. van Velthoven, ‘Schadekansen bij medische fouten, proportionele aansprakelijkheid in de praktijk’, *TvGr* 2011, nr. 1, p. 18-37; annotatie L.C. Dufour bij Rechtbank Amsterdam 14 juli 2010, *JA* 2011, 4 en annotatie M. Zaadhof bij Rechtbank Maastricht 13 juli 2005, *JA* 2006, 44.

330 Zie ook de annotatie van L.C. Dufour bij Rechtbank Amsterdam 14 juli 2010, *JA* 2011, 4. Zie daarom voor een handleiding A.J. Van en R.P. Wijne, ‘Lies, damned lies and statistics, de berekening van het verlies van een kans bij medische aansprakelijkheid’, *TVP* 2012, nr. 1, p. 16-25.

behandelde de zaak als een categorie C-geval. Het betrof echter een categorie B geval: de schade had zich gerealiseerd, maar het staat niet vast dat het dicht-plakken van de wond tot ontwikkeling van dystrofie leidt.

Wat de rechtbank dus had moeten doen was de kans op dystrofie met fout op 100% stellen en de kans op dystrofie zonder fout navenant verhogen. Oftewel, $100\% (25 \times 4\%) - 25\% (25 \times 1\%)$ is 75%. De schade was immers ingetreden. Hetzelfde resultaat kon worden bereikt met de proportionele benadering: $(4-1)/4$ maal 100% is eveneens 75%.³³¹

Een voorbeeld van een zaak waarbij dezelfde fout werd gemaakt betreft het oordeel van het Gerechtshof 's-Gravenhage. De patiënte in deze zaak was een zwangere vrouw die te kampen had met een verhoogde bloeddruk. Daardoor bestond een vergrote kans op complicaties, waaronder het optreden van een hersenbloeding. De bewaking van de bloeddruk was minder intensief dan volgens de professionele standaard had gemoeten. Na enkele uren ontstond bij de patiënte een hersenbloeding. De in deze zaak ingeschakelde medische deskundigen schatten dat de kans op het ontstaan van een hersenbloeding bij intensieve bewaking 0,00007175 (ongeveer 1 op 13.937) was. Zonder die bewaking bedroeg de kans op een hersenbloeding 0,0000881 (ongeveer 1 op 11.351). De deskundigen kwamen op basis hiervan tot de conclusie dat er een kans van 19% bestond dat de hersenbloeding bij een juiste medische behandeling had kunnen worden voorkomen. Het hof oordeelde echter in afwijking daarvan als volgt: 'Hoewel de kans op het ontstaan van een hersenbloeding bij een correct optreden van de gynaecoloog met 20,3%³³² verminderd zou zijn vergeleken met de kans op het ontstaan van een hersenbloeding zoals die zich in werkelijkheid heeft voorgedaan, zijn deze kansen zodanig gering (een kans van 1 op 13.937 vergeleken met een kans van 1 op 11.351, ofwel 0,00007175 tegenover 0,0000881) dat deze zich niet laten vertalen in een rechtens relevante mate van gemis aan kans die zich leent voor vergoeding van schade. De gevorderde schadevergoeding nader op te maken bij staat is dan ook niet voor toewijzing vatbaar.'³³³

Het hof rekende met de kansen die vooraf bekend waren: 0,00007175 respectievelijk 0,0000881. Het betrof echter geen categorie C geval, maar een categorie B geval: de schade was in dit geval ingetreden, doch niet in elk geval zou een verminderde bewaking van een verhoogde bloeddruk tot een hersenbloeding

331 Rechtbank Maastricht 13 juli 2005, JA 2006, 44, met nt. M. Zaadhof.

332 Hoewel dat uit het arrest zelf niet blijkt, moet worden aangenomen dat dit de door de deskundige genoemde 19% betreft, gecorrigeerd met een afrondingsverschil.

333 Gerechtshof 's-Gravenhage 28 april 2009, LJN BI4768.

leiden. Een juiste benadering had tot het percentage van 19 geleid: was er wel medicatie verstrekt dan was er 0,00007175 kans op een hersenbloeding en was er geen medicatie verstrekt dan was er 0,0000881 kans op een hersenbloeding, oftewel 100% $(1135073,78 \times 0,0000881) - 81,4\%$ $(1135073,78 \times 0,00007175)$ is 19%. De proportionele benadering had tot een zelfde uitkomst geleid: $(0,0000881 - 0,00007175)/0,0000881 \times 100\%$ is 19%.

Een volgend voorbeeld betreft de eerder besproken uitspraak van de Rechtbank Amsterdam, inzake de gemiste TIA, waarin rechtbank en patiënt lijnrecht tegenover elkaar stonden ten aanzien van de omvang van de verloren kans. De geraadpleegde deskundige beschreef onder meer dat de kans dat een herseninfarct optreedt na een TIA binnen 90 dagen 10,3 % is wanneer de profylactische medicatie na een mediane duur van 20 dagen wordt voorgeschreven, terwijl deze kans 2,1 % is wanneer de profylactische medicatie na een mediane duur van één dag wordt voorgeschreven. Een verschil derhalve van 8,2%. De deskundige bepaalde voorts dat de kans dat de patiënt een herseninfarct zou hebben gekregen binnen 90 dagen na het optreden van de eerste verschijnselen 1,7% kleiner zou zijn geweest als de medicatie vier dagen eerder zou zijn voorgeschreven $(4 \text{ dagen}/20 - 1 \text{ dag(en)} \times 8,2)$. De rechtbank concludeerde hieruit dat de kans op een beter behandelingsresultaat 1,7% was en dus verwaarloosbaar klein. De rechtbank volgde de patiënt niet in zijn stelling dat de situatie met fout op 100% gesteld moest worden omdat het herseninfarct zich had gerealiseerd en wees de vordering daarom af.³³⁴ Toch was ook de stelling van de patiënt niet juist. Deze vergat namelijk de kans op schade in de situatie zonder fout met een gelijke factor te verhogen. Wat er had moeten gebeuren was het volgende. Het gaat om een categorie B geval. De schade is ingetreden, maar een herseninfarct zal niet in elk geval optreden. De situatie met fout – ingrijpen na de vierde dag – geeft 3,82% kans op schade (een kans van 2,1% plus 1,7%, zoals berekend door de deskundige). De situatie zonder fout – ingrijpen na de eerste dag – geeft 2,1% kans op schade. Het herseninfarct is in dit geval opgetreden, oftewel, de situatie met fout is 100% $(26,18 \times 3,82)$. Dan is de kans op schade in de situatie zonder fout $(26,18 \times 2,1\%)$ 55%. Dit geeft $100 - 55$ is 45% aansprakelijkheid, omdat dit de verloren kans is indien wel juist was gehandeld. Tot dezelfde uitkomst leidt de proportionele benadering: $(3,822,1)/3,82 \times 100\%$ is eveneens 45%.³³⁵

334 Rechtbank Amsterdam 14 juli 2010, JA 2011, 4, met nt. L.C. Dufour.

335 Rechtbank Amsterdam 14 juli 2010, JA 2011, 4, met nt. L.C. Dufour en het hoger beroep Gerechtshof Amsterdam 5 juli 2011, LJN BR2898.

6.4 TOEREKENING NAAR REDELIJKHEID

Het *condicio sine qua non*-verband is een primair vereiste, waarmee logisch irrelevante omstandigheden en verbanden die natuurwetenschappelijk – waaronder ook medisch wetenschappelijk – gezien niet gelegd kunnen worden, als oorzaak worden uitgesloten.³³⁶ Het tweede aspect van de juridische causaliteit betreft de toerekening naar redelijkheid.³³⁷ In artikel 6:98 BW is bepaald dat voor vergoeding slechts in aanmerking komt de schade die in zodanig verband staat met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid van de schuldenaar berust, dat zij hem, mede gezien de aard van de aansprakelijkheid en van de schade, als een gevolg van deze gebeurtenis kan worden toegerekend.³³⁸ Artikel 6:98 BW kan een beperkende werking hebben in die zin dat er wel een *condicio sine qua non*-verband bestaat tussen de normschending en de schade, maar de schade desalniettemin niet voor vergoeding in aanmerking komt, omdat de voor toerekening vereiste redelijkheid ontbreekt.³³⁹

Bij het antwoord op de vraag of een bepaalde schade in zodanig verband staat met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust dat zij aan de dader als gevolg daarvan kan worden toegerekend, spelen meerdere factoren een rol.³⁴⁰ De wettekst van artikel 6:98 BW zelf spreekt over de aard van de aansprakelijkheid en de aard van de schade,³⁴¹ doch laat ruimte voor de invloed van andere factoren. In de memorie van antwoord bijvoorbeeld werd destijds de voorzienbaarheid of waarschijnlijkheid van de schade genoemd,

336 C.J.M. Klaassen, *Monografieën BW, Schadevergoeding algemeen*, deel 2, Deventer: Kluwer 2007, p. 27 en D.S. Rambocus, *Medisch-Juridische causaliteit* (diss. Utrecht), Utrecht 1999, p. 5-9.

337 Vaste jurisprudentie Hoge Raad sinds 1970: HR 20 maart 1970, *NJ* 1970, 251, met nt. G.J. Scholten; HR 21 maart 1975, 372, met nt. G.J. Scholten; HR 19 december 1975, *NJ* 1976, 280, met nt. G.J. Scholten en HR 1 juli 1977, *NJ* 1978, 84, met nt. G.J. Scholten, zulks in navolging van H.K. Köster, *Causaliteit en voorzienbaarheid: de betekenis van de begrippen causaliteit en voorzienbaarheid voor de omvang van de buitencontractuele schadevergoeding* (oratie Amsterdam), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1963 en A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1965. Zie hierover ook J. van Schellen, *Juridische causaliteit. Een onderzoek naar het oorzakelijkheidsvereiste in het civiele aansprakelijkheidsrecht* (diss. UvA Amsterdam), Deventer: Kluwer 1972; A.J. Van, *Onzekerheid over daderschap en causaliteit* (diss. Rotterdam), Arnhem: Gouda Quint 1995, p. 16-20 en Asser/Hartkamp & Sieburgh, 6-II* 2009, nr. 50.

338 De term redelijkheid komt hierin met opzet niet voor, zie Parl. Gesch. Boek 6, p. 345.

339 HR 2 november 1990, *NJ* 1991, 24 en HR 25 september 1992, *NJ* 1992, 751.

340 Parl. Gesch. Boek 6, p. 344. Zie ook Asser/Hartkamp & Sieburgh, 6-II* 2009, nr. 64-67.

341 Zie ook in de jurisprudentie HR 2 november 1990, *NJ* 1991, 24 en HR 25 september 1992, *NJ* 1992, 751.

welk criterium is terug te zien in de jurisprudentie van de Hoge Raad.³⁴² In de literatuur en jurisprudentie wordt voorts de mate van schuld genoemd.³⁴³

Een voorbeeld van de rol van de voorzienbaarheid bij de toerekening betreft een uitspraak van de Rechtbank Zutphen. De rechtbank nam schending van een veiligheidsnorm aan: schending van de norm bij de operatie een ‘Veresnaald’ (een holle naald, met een bescherming op de punt, gebruikt bij laparoscopische ingrepen) veilig in het lichaam van de patiënt te brengen door de buikwand op te tillen. Dit is noodzakelijk om een levensbedreigende situatie te voorkomen. De psychische klachten (cognitieve en emotionele malaiseklachten) die zich na de operatie hadden voorgedaan werden aan de medische fout toegerekend, nu bekend is (voorzienbaar is) dat stressgerelateerde klachten in hevige mate aanwezig kunnen zijn na een zware operatie, zoals in het onderhavige geval door de fout nodig bleek.³⁴⁴

Centraal staat dus of het *doel* en de *strekking* van de geschonden norm toerekening van de geleden schade rechtvaardigt. Dit is terug te zien in de jurisprudentie van de Hoge Raad, waaruit blijkt dat in geval van schending van een verkeers- en veiligheidsnorm plaats is voor een ruime toerekening van de schade door letsel en/of overlijden aan de overtreder, omdat een dergelijke norm letsel of overlijden beoogt te voorkomen.³⁴⁵ Zo zullen de gevolgen van een door de persoonlijke predispositie van het slachtoffer bepaalde reactie in het algemeen als een gevolg van de schending van de verkeers- of veiligheidsnorm aan de overtreder van de norm moeten worden toegerekend.³⁴⁶ Toerekening is alleen dan niet aan de orde, indien het slachtoffer zou hebben nagelaten van zijn kant alles in het werk te

342 Parl. Gesch. Boek 6, p. 345. Zie voor voorbeelden uit de jurisprudentie HR 25 april 2008, *NJ* 2008, 262; HR 25 maart 2011, *NJ* 2011, 139 en HR 29 april 2011, *NJ* 2011, 191. Zie voor een uitvoerig bespreking van de arresten uit 2011 en het voorzienbaarheids criterium R. Rijnhout, ‘Kroniek AV&S Schadevergoedingsrecht’, *AV&S* 2012, nr. 4, p. 132-145.

343 Jurisprudentie: HR 9 mei 2003, *NJ* 2005, 168, met nt. W.D.H. Asser. Literatuur: C.J.M. Klaassen, Monografieën BW, Schadevergoeding: algemeen, deel 2, Deventer: Kluwer 2007, p. 54 en 55 en C.J.M. Klaassen, ‘Kroniek causaliteit in het aansprakelijkheidsrecht’, *AV&S* 2012, nr. 5, p. 182-193.

344 Rechtbank Zutphen 30 november 2005, *LJN* AU7283.

345 Zie bijvoorbeeld HR 9 juni 1972, *NJ* 1972, 360, met nt. G.J. Scholten; HR 21 maart 1975, *NJ* 1975, 372, met nt. G.J. Scholten (Coronaire trombose); HR 8 februari 1985, *NJ* 1986, 136, met nt. C.J.H. Brunner; HR 4 november 1988, *NJ* 1989, 751, met nt. C.J.H. Brunner; HR 1 juli 1993, *NJ* 1993, 667, met nt. P.A. Stein; HR 8 februari 1985, *NJ* 1986, 137, met nt. C.J.H. Brunner; HR 20 maart 1992, *NJ* 1993, 547, met nt. C.J.H. Brunner; HR 13 januari 1995, *NJ* 1997, 175, met nt. C.J.H. Brunner (De Heel/Korver), HR (Strafkamer) 30 september 2003, *NJ* 2005, 69, met nt. G. Knigge en HR 25 november 2005, *NJ* 2007, 141, met nt. C.J.H. Brunner.

346 HR 8 februari 1985, *NJ* 1986, 137, met nt. C.J.H. Brunner.

stellen wat redelijkerwijs – mede in aanmerking genomen zijn persoonlijkheidsstructuur – van hem kan worden verlangd om tot het herstelproces bij te dragen.³⁴⁷

Ook in het geval van een normschending door de hulpverlener is het allereerst de vraag welke norm is geschonden, wat de strekking ervan was en of deze strekking een ruime toerekening rechtvaardigt. Heeft de hulpverlener een norm geschonden die het doel had de patiënt tegen letsel of overlijden – kortweg *gezondheidsschade* – te beschermen, dan is ruime toerekening van gezondheidsschade op zijn plaats. Ruime toerekening van gezondheidsschade is evenzeer op zijn plaats als de (risico)aansprakelijkheid van de producent in het geding is: de strekking van de norm geen producten in het verkeer te brengen die gebrekkig zijn, strekt ertoe gezondheidsschade te voorkomen.³⁴⁸

Een voorbeeld van schending van een veiligheidsnorm en ruime toerekening betreft de zaak van patiënt Korver. De patiënt had een kaakoperatie ondergaan en was na zijn operatie in de uitslaapkamer in een bed neergelegd. Het bed was niet voorzien van opstaande randen, zodat de patiënt daar met enige beweging uit kon vallen, hetgeen ook gebeurde. De patiënt liep letsel op aan zijn sleutelbeen, terwijl voorts de hoofdslagader van zijn rechteroog was dichtgeslagen. De patiënt werd uiteindelijk blind. Voor zijn schade achtte de patiënt het door De Heel geëxploiteerde ziekenhuis aansprakelijk. De Hoge Raad oordeelde dat het ziekenhuis een veiligheidsnorm had geschonden, bestaande uit het tekortschieten in het nemen van maatregelen in het belang van de patiënt: het voorkomen van een val uit bed met letselschade tot gevolg. Dit bracht met zich, aldus de Hoge Raad, dat ook letsel dat buiten de normale lijn van de verwachtingen ligt, aan het ziekenhuis moest worden toegerekend. Daar deed niet aan af dat de overtreding plaatsvond in het kader van een medische behandeling.³⁴⁹

Illustratief is voorts een oordeel van de Rechtbank Zwolle. De patiënt in kwestie was op verdenking van een acute blindedarmonsteking in het ziekenhuis opgenomen en geopereerd. Bij de operatie werd onder meer een deel van de dikke darm verwijderd en werden de uiteinden aan elkaar gehecht. Herstel na de operatie bleef echter uit vanwege een ontstekingsreactie en een dag later werd de patiënt opnieuw geopereerd vanwege de verdenking op een naadlekage. Ook nadien bleef herstel uit en zag de patiënt zich geconfronteerd met een opeenstapeling van ernstige complicaties en operaties. Hoewel het zieken-

347 HR 8 februari 1985, *NJ* 1986, 136, met nt. C.J.H. Brunner en HR 8 februari 1985, *NJ* 1986, 137, met nt. C.J.H. Brunner. Zie voorts HR 4 november 1988, *NJ* 1989, 751, met nt. C.J.H. Brunner.

348 Zie hoofdstuk 5, par. 5.2.

349 HR 13 januari 1995, *NJ* 1997, 175, met nt. C.J.H. Brunner (De Heel/Korver).

huis zich verweerde tegen de toerekening van alle gevolgen achtte de rechtbank de complicaties te verwachten. Daarom waren alle gevolgen aan het ziekenhuis toe te rekenen, aldus de rechtbank.³⁵⁰

Schending van een veiligheidsnorm (stekkende tot het voorkomen van gezondheidsschade) brengt ook met zich dat de gevolgen van een predispositie aan de hulpverlener worden toegerekend, tenzij de patiënt heeft nagelaten om alles in het werk te stellen wat redelijkerwijs – mede in aanmerking genomen zijn persoonlijkheidsstructuur – van hem kon worden verlangd om tot het herstelproces bij te dragen.

Een voorbeeld van een zaak waarin een predispositie een rol speelde ziet op een patiënte met rugklachten gediagnosticeerd als een hernia. Op 27 juni 1996 is daartoe een chemonucleolyse uitgevoerd (behandeling hernia door inspuiting van een kraakbeenoplossend enzym). Deze ingreep heeft niet het gewenste effect gehad. De patiënte bleef rugklachten houden. Hierop stelde zij het ziekenhuis aansprakelijk voor door haar geleden schade. De patiënte legde aan haar vorderingen ten grondslag dat zij onnodig de chemonucleolyse had ondergaan en dat ten onrechte de diagnose hernia was gesteld. De rechtbank gelastte aanzien van de tekortkoming een deskundigenbericht, maar overwoog op voorhand over het causaal verband dat de omstandigheid dat bepaalde verschijnselen mede veroorzaakt waren door al bestaande klachten nog niet wilde zeggen dat die verschijnselen niet volledig aan de medische fout toegerekend mochten worden. In een geval als het onderhavige kon worden uitgegaan van ruime toerekening, aldus de rechtbank.³⁵¹

Illustratief is voorts een uitspraak van het Gerechtshof Amsterdam in een zaak waarin de patiënt een knieprothese kreeg aangemeten, doch tijdens de operatie bleek dat de juiste prothesemaat niet aanwezig was. De chirurg gebruikte daarom een andere maat die tot ernstige instabiliteit van de knie van de patiënt leidde. Het hof nam een tekortkoming van de hulpverlener aan. De norm die was geschonden betrof de zorgvuldigheidsnorm te controleren of de juiste maat prothese aanwezig is bij een operatie waarbij te verwachten viel – voorzienbaar was – dat een afwijkende maat nodig kon zijn. Dat de instabiliteit van de knie mede was gelegen in een predispositie van de patiënt, een neurologische aandoening, stond aan toerekening van de schade van de patiënt niet in de weg.³⁵²

350 Rechtbank Zwolle 1 februari 2006, *LJN* AW6459.

351 Rechtbank 's-Hertogenbosch 25 juni 2005, *LJN* BQ3252.

352 Gerechtshof Amsterdam 22 juni 2010, *JA* 2011, 1, met nt. R.W.M. Giard.

Een voorbeeld van een zaak waarin werd onderzocht of de patiënt in kwestie zich voldoende had ingespannen ten behoeve van haar herstel betreft een zaak van de Rechtbank Amsterdam. De patiënte in kwestie had ten onrechte een totaalexirpatie ondergaan, waarna zij psychische klachten ontwikkelde (post-traumatisch stresssyndroom). Het ziekenhuis verweerde zich met de stelling dat de patiënte zich onvoldoende had ingespannen om haar psychische klachten te laten verdwijnen. Naar het oordeel van de rechtbank kwam dit echter niet vast te staan en dus werden alle klachten toegerekend.³⁵³

Heeft de hulpverlener daarentegen een norm geschonden die het doel had de patiënt tegen *vermogensschade* te beschermen, dan is ruime toerekening van vermogensschade op zijn plaats.

Een voorbeeld is het arrest dat bekend staat als het ‘Wrongful Birth I-arrest’. De hulpverlener in kwestie had bij de vrouwelijke patiënt in het kader van een operatie een spiraaltje verwijderd, maar het spiraaltje niet teruggeplaatst. Dit laatste had de hulpverlener niet aan de vrouw laten weten. De vrouw raakte zwanger en het gezin werd uitgebreid. Met de gezinsuitbreiding was vermogensschade gemoeid. De schending van de informatieplicht kwam vast te staan en werd als een tekortkoming gekwalificeerd. De Hoge Raad overwoog dat de beroepsfout met zich bracht dat de arts aansprakelijk was voor alle vermogensschade die in zodanig verband met die tekortkoming stond dat zij hem naar de maatstaf van artikel 6:98 BW als een gevolg van die tekortkoming kon worden toegerekend. De Hoge Raad overwoog voorts dat een gezinsplanning in het algemeen ten minste mede ertoe strekt de gezinsomvang af te stemmen op de financiële mogelijkheden die de ouders verwachten te zullen hebben en dat de schade waarvan hier vergoeding werd verlangd bestond in kosten waarvan alleen reeds wegens hun omvang moest worden aangenomen dat zij gedurende de minderjarigheid van het kind in beginsel mede de financiële armslag van het gezin zouden gaan bepalen. Dergelijke kosten zijn onmiskenbaar vermogensschade en gelet op de aard van zowel deze schade als van de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust, moest de schade aan de arts als een gevolg van de gebeurtenis worden toegerekend.³⁵⁴

³⁵³ Rechtbank Amsterdam 17 januari 2007, *LJN* BA1011.

³⁵⁴ HR 21 februari 1997, *NJ* 1999, 145, met nt. C.J.H. Brunner (Wrongful Birth I). Zie ook HR 8 augustus 2002, *NJ* 2010, 61, met nt. M.H. Wissink (Wrongful Birth II) en Gerechtshof 's-Gravenhage 10 juli 2007, *LJN* BB2375.

Om toerekening van vermogensschade (kosten van verzorging en opvoeding) ging het ook in de casus betreffende 'Baby Kelly'. Nadat was vastgesteld dat de door de verloskundige gemaakte fout (zij had geen prenatale diagnostiek verricht) in het vereiste *condicio sine qua non*-verband stond met de schade die de ouders leden door de geboorte van de gehandicapte baby, overwoog de Hoge Raad dat de omstandigheid dat de door de verloskundige gemaakte fout de schade van de ouders niet direct, maar indirect heeft veroorzaakt niet in de weg stond aan toerekening van de schade aan het ziekenhuis en de verloskundige. Redengevend daarvoor achtte de Hoge Raad dat de toerekening kon worden gerechtvaardigd door de aard van de aansprakelijkheid die was gebaseerd op een zorgvuldigheidsnorm welke mede strekte ter voorkoming van schade voortvloeiende uit de geboorte van een ernstig gehandicapt kind dat niet geboren zou zijn als de fout niet zou zijn gemaakt. Er bestond geen reden om de vergoedingsplicht van het ziekenhuis en de verloskundige te beperken tot de extra kosten die een gehandicapt kind met zich brengt. Artikel 6:98 BW noch artikel 6:163 BW brengt die beperking met zich. Hetzelfde gold voor de eigen schade van het kind. Ten aanzien van de schade van het kind verwierp de Hoge Raad het verweer van het ziekenhuis en de verloskundige dat toerekening van de gehele kosten van de verzorging en opvoeding van Kelly aan hen niet redelijk was, althans dat de geschonden norm niet strekte tot bescherming tegen de kosten van opvoeding en verzorging van de baby.³⁵⁵

Is echter sprake van schending van een norm die niet de strekking heeft om de schade zoals die in het desbetreffende geval wordt geleden te voorkomen, dan vindt ruime toerekening niet plaats.

Als voorbeeld dient het arrest van de Hoge Raad betreffende de heer Versluis.³⁵⁶ De 21-jarige Mia Versluis was na een operatie ten gevolge van een decerebratie (ophouden van de werking van de hersenen) niet meer uit de narcose ontwaakt en lag tot haar dood, vijf jaar later, in coma. Haar vader stelde omtrent de normschending dat het ziekenhuis hem na de mislukte operatie aan zijn lot had overgelaten en dat het ziekenhuis hem steeds onvoldoende had geïnformeerd. Hij stelde als gevolg van dit gedrag geestelijk te zijn ingestort en arbeidsongeschikt te zijn geraakt. Voor zijn schade stelde hij de anesthesist en het ziekenhuis aansprakelijk. De Hoge Raad oordeelde dat bij overtreding van

³⁵⁵ HR 18 maart 2005, NJ 2006, 606, met nt. J.B.M. Vranken (Baby Kelly).

³⁵⁶ HR 2 november 1979, NJ 1980, 77, met nt. G.J. Scholten en VR 1983, 64, met nt. A.J.O. van Wassenae van Catwijk (Vader Versluis).

verkeers- en veiligheidsnormen rekening mag worden gehouden met de mogelijkheid van ernstige gevolgen, hoe deze zich ook in het concrete geval mogen voordoen. In dit geval echter was naar het oordeel van de Hoge Raad sprake van het niet naleven van een zorgvuldigheidsnorm betreffende bejegening, wat met zich bracht dat geen rekening hoefde te worden gehouden met de mogelijkheid van ernstige gevolgen voor de lichamelijke en geestelijke conditie van het slachtoffer. Er was geen plaats voor een toerekening van de schade van vader Versluis aan het ziekenhuis, ondanks het bestaan van een *condicio sine qua non*-verband.

Een ander voorbeeld betreft het oordeel van de Rechtbank Rotterdam op dit punt. De patiënt in kwestie was overleden en de achtergebleven echtgenote vorderde vergoeding van gederfd levensonderhoud. Door toedoen van de arts trad er een vertraging van drie uur op bij de beoordeling van het electrocardiogram en werd de diagnose 'NSTEM infarct' aanvankelijk gemist. De rechtbank oordeelde dat deze normschending geen ruime toerekening rechtvaardigde. Zij overwoog daartoe als volgt: 'Bij de juridische beoordeling van het geschil is van belang dat de aard van de aansprakelijkheid geen ruime toerekening rechtvaardigt. De door het ziekenhuis geschonden norm is de norm dat de hulpverlener bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed hulpverlener in acht dient te nemen en daarbij dient te handelen in overeenstemming met de op hem rustende verantwoordelijkheid, voortvloeiende uit de voor hulpverleners geldende professionele standaard (artikel 7:453 BW). De mate van verwijtbaarheid van een normschending als de onderhavige is in het algemeen een andere dan bijvoorbeeld in een geval waarin iemand een ander opzettelijk letsel toebrengt. Dit vormt de rechtvaardiging voor een minder ruime toerekening in een geval als het onderhavige.'³⁵⁷ Opgemerkt wordt overigens dat deze uitspraak mijns inziens niet terecht is. Voor ruime toerekening is niet alleen dan plaats bij het opzettelijk toebrengen van letsel.

Een voorbeeld betreft voorts een uitspraak van de Rechtbank Maastricht op dit punt. Als gevolg van een onvoldoende bewaking van het geboorteprocés door de arts werd het kind van de eisers in kwestie dood geboren. Als geschonden norm werd de onvoldoende bewaking van het kind aangenomen. De norm sterkte ertoe het kind een betere overlevingskans te bieden. Dit bracht met zich dat de verhuiskosten die eisers hadden gemaakt, omdat zij niet meer in de plaats wilden wonen waar zich de traumatische bevalling had voorge-

357 Rechtbank Rotterdam 29 september 2010, *LJN* BO3180.

daan, niet werden toegerekend. De rechtbank achtte de kosten gezien de geschonden norm niet voorzienbaar.³⁵⁸

Uit bovenstaande jurisprudentie kan de conclusie worden getrokken dat daar waar in het geval van een medische fout, ‘slechts’ een algemene norm is geschonden, welke norm niet beoogde de verwezenlijking van een bepaald risico te voorkomen, een ruime toerekening niet op zijn plaats is en dat gezondheidsschade die buiten de lijn der verwachtingen ligt niet vanzelfsprekend aan de hulpverlener wordt toegerekend. De patiënt zal in dat geval de niet toe te rekenen schade voor eigen rekening moeten nemen. Strekt de geschonden norm er echter toe te voorkomen dat bepaalde gezondheidsschade zou optreden, dan vindt ruime toerekening wel plaats en wordt ook de gezondheidsschade die buiten de normale lijn der verwachtingen ligt aan de hulpverlener toegerekend. Doorgaans is die schade voorzienbaar. Strekt de geschonden norm (mede) ter voorkoming van de aan de orde zijnde vermogensschade, dan vindt toerekening van die vermogensschade ook ruim plaats. Doorslaggevend zal dan ook zijn of artikel 7:453 BW zodanig ingevuld kan worden dat de geschonden norm te kwalificeren is als een norm die strekt ter voorkoming van gezondheidsschade en/of vermogensschade van de patiënt. Voor een ruime toerekening is het aldus noodzakelijk om de normschending duidelijk te omschrijven, te bezien welk risico de norm beoogt te voorkomen en niet slechts te concluderen tot schending van de algemene zorgvuldigheidsnorm van artikel 7:453 BW, in die gevallen waar specificatie mogelijk is.

6.5 SIGNALERING VAN KNELPUNTEN IN VERBAND MET HET CAUSAAL VERBAND

De verkenning van het civiele aansprakelijkheidsrecht werd in dit hoofdstuk vervolgd met een beschrijving en analyse van het causaal verband. Het doel hiervan was te onderzoeken of het vereiste causaal verband tussen het gedrag of de gebeurtenis die de grondslag voor aansprakelijkheid vormde en de schade van de patiënt knelpunten met zich brengt die de patiënt belemmeren in zijn verhaal van schade.

Uit de analyse is gebleken dat het vaststellen van een *condicio sine qua non*-verband tussen het gedrag of de gebeurtenis en de schade van de patiënt complex kan zijn. De complexiteit wordt veroorzaakt door het feit dat meerdere gedragingen of gebeurtenissen oorzaak kunnen zijn van de schade alsmede door de omstandigheid dat ook het menselijk lichaam zelf een ongewisse factor is in het genezingsproces en (mede) van invloed kan zijn op de schade. De complexiteit van het *condicio sine qua non*-verband blijkt een knelpunt te vormen als de bewijslastverdeling wordt bezien; ingevolge de hoofdregel van artikel 150 Rv

358 Rechtbank Maastricht 22 maart 2006, *LJN* AV7273.

moet de patiënt stellen en, bij betwisting, bewijzen dat de normschending door de hulpverlener, een gebeurtenis waarvoor op de hulpverlener een kwalitatieve aansprakelijkheid rust of een gebrek in het product waarvoor op de producent een risicoaansprakelijkheid rust *condicio sine qua non* is voor zijn schade en aldus dat de schade was uitgebleven zonder de normschending, de gebeurtenis of het gebrek in het product. De last het bewijs te leveren blijkt met name in die gevallen waarin mogelijk ook de patiënt deel heeft aan de schade en dus beoordeeld moet worden of de normschending de oorzaak is en/of wat voor invloed de normschending heeft gehad op het genezingsproces. Hoewel in dit stadium op de hulpverlener een verzwaarde motiveringsplicht rust om de patiënt tegemoet te komen in het leveren van het noodzakelijke bewijs van het *condicio sine qua non*-verband, draagt zij onvoldoende bij aan het opheffen of minimaliseren van het bewijsprobleem; mogelijk kan de hulpverlener de gewenste duidelijkheid niet geven, simpelweg omdat ook hem de invloed van de normschending op de gezondheid van de patiënt niet bekend is. Een en ander geldt in gelijke mate voor de producent van het gebrekkige product. Problematisch zijn voorts die gevallen waarin de hulpverlener of de producent zijn informatieplicht heeft geschonden en de patiënt moet stellen en, bij betwisting, moet bewijzen dat hij de instructie had opgevolgd of een andere keuze had gemaakt, ware hij wel goed geïnformeerd. Tot slot blijkt het in gevallen van meervoudige causaliteit lastig om aan te tonen wie van de mogelijke daders daadwerkelijk de schade heeft veroorzaakt. Gezien de problemen zal de patiënt zich doorgaans van een deskundigenbericht moeten voorzien om het bewijs te leveren. Dit betekent echter wel dat wanneer geen deskundigenbericht kan worden verkregen (bijvoorbeeld om financiële redenen), de vordering van de patiënt wordt afgewezen zelfs al blijkt van een toerekenbare tekortkoming, onrechtmatige daad of gebrekkig product. In de combinatie met een (groot) risico op een afwijzing kan de bewijslast daarom een reden zijn, althans lijkt dit aannemelijk, om op voorhand af te zien van verhaal van schade op de hulpverlener of de producent.

Gezien de last het *condicio sine qua non*-verband te bewijzen, zal de patiënt zich waar mogelijk van een handvat ter verlichting van de bewijslast willen aangrijpen, zoals de omkeringsregel. De omkeringsregel is van toepassing wanneer een norm is geschonden die strekt tot het voorkomen van een specifiek gevaar ter zake van het ontstaan van schade en de patiënt aannemelijk heeft gemaakt dat in zijn geval het specifieke gevaar zich heeft verwezenlijkt. Dit vereist een omschrijving en invulling van de algemene zorgvuldigheidsnorm van artikel 7:453 BW. De omkeringsregel biedt echter geen oplossing als niet duidelijk is dat het specifieke gevaar zich heeft verwezenlijkt (de doodsoorzaak bijvoorbeeld staat niet vast) en biedt evenmin een oplossing voor het causaliteitsprobleem dat optreedt bij de schending van plicht de patiënt te informeren over de aan een behandeling verbonden risico. De plicht de patiënt over risico's te informeren strekt immers niet tot het voorkomen van het gevaar van schade, maar strekt ertoe de patiënt in staat te stellen goed geïnformeerd

te beslissen of hij al dan niet toestemming voor de voorgestelde behandeling zal geven. Dit is overigens mogelijk anders wanneer de informatieplicht op een instructie ziet. Instructieplichten zien veelal wel op het voorkomen van bepaalde gezondheidsschade en in die gevallen zou de omkeringsregel mijns inziens dan ook wel een handvat kunnen bieden.

Slaagt de patiënt er met behulp van een deskundige niet in om het bewijs van het *condicio sine qua non*-verband te leveren en vindt de omkeringsregel geen toepassing (of is zij slechts van toepassing op een deel van de schade), dan heeft de patiënt mogelijk nog een alternatief in handen door de aansprakelijkheid proportioneel te benaderen of het verband met de verloren kans op een beter behandelingsresultaat aan te tonen. De proportionele benadering en de benadering van de verloren kans kennen een enigszins andere invalshoek en ook een andere rekenmethode. Mits goed toegepast, leiden de benaderingen echter tot een zelfde omvang van de door de hulpverlener (of producent) te vergoeden schade. In de praktijk blijkt hier echter wel een ‘reken’probleem te liggen. Rechters kiezen in sommige gevallen voor een berekening van kansen die niet aansluit bij werkelijke situatie – de schade is ingetreden, maar de rechter rekent met de kansen die vooraf bekend waren, aldus zonder rekening te houden met het intreden van de schade – of kiezen voor een berekening die statistisch onjuist is. Dit heeft er in een aantal gevallen aantoonbaar toe geleid dat de patiënt geen schade vergoed kreeg, terwijl de kans op schade door de normschending zeker niet gering was. Een nadeel van de proportionele benadering is voorts dat zij geen oplossing kan bieden voor die gevallen waarin de causaliteitsonzekerheid ziet op de keuze die de patiënt zou hebben gemaakt, ware hij goed ingelicht over de risico’s van een behandeling; ook bij de proportionele benadering blijkt de strekking van de geschonden norm een grote rol te spelen en volgt uit de jurisprudentie dat een proportionele benadering met name (alleen) dan aanvaardbaar is wanneer de geschonden norm ertoe strekte gezondheidsschade te voorkomen. Een alternatief om de patiënt op dit punt tegemoet te treden is hem een vergoeding toe te kennen voor als gevolg van de inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht geleden integriteitsschade, al past hier de kanttekening dat de enkele aantasting van het recht tot zelfbeschikking waarschijnlijk niet voldoende is voor een recht op schadevergoeding en een dergelijke vergoeding geen oplossing biedt voor die gevallen waarin de informatieplicht is geschonden, doch uiteindelijk geen schade is geleden.

Indien de grondslag voor aansprakelijkheid gegeven is en het causaal verband tussen het gedrag of de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust en de schade van de patiënt vaststaat, dan is de volgende stap de vergoeding van de schade. De analyse van de schade die voor vergoeding in aanmerking komt, vindt plaats in het volgende hoofdstuk.

7 SCHADEVERGOEDING EN VERJARING

7.1 INLEIDING

De wet verbindt aan een toerekenbare tekortkoming, een toerekenbare onrechtmatige daad en aan een gebeurtenis of fout van een ander waarvoor een kwalitatieve aansprakelijkheid of een risicoaansprakelijkheid bestaat een recht op vergoeding van schade die het gevolg is van de gedraging of de gebeurtenis. De schadevergoeding op haar beurt beoogt bij te dragen aan rechtshandhaving en herstel.¹ Om deze reden zijn in de voorgaande hoofdstukken zowel de grondslagen voor aansprakelijkheid van de hulpverlener en de producent als het causaal verband met de schade van de patiënt geanalyseerd. In dit laatste hoofdstuk van het tweede deel wordt vervolgens verkend welke schade voor vergoeding in aanmerking komt en welke knelpunten op dat punt aan het licht komen. Knelpunten in het 'schadevergoedingsrecht' kunnen een belemmering vormen voor het verhaal van schade: rechtshandhaving en herstel blijven dan mogelijk uit.

Bij de patiënt die als gevolg van een normschending of gebrekkig product lichamelijk of geestelijk letsel ondervindt of in zijn zelfbeschikkingsrecht is aangetast, kan zich op verschillende manieren schade aandienen.² De patiënt kan in de eerste plaats financieel nadeel – 'vermogensschade' – lijden. Voorbeelden van vermogensschade zijn extra kosten van herstel- of controlebehandelingen, kosten van psychotherapie en kosten van verblijf in een revalidatie-instelling. In gevallen van *wrongful birth* en *wrongful life* ziet de vermogensschade onder meer op verzorgingskosten van het ongeplande kind. Indien de patiënt kosten maakt om zijn hiervoor genoemde schadeposten op de arts of het ziekenhuis te verhalen, dan leiden ook deze kosten tot vermogensschade. In de tweede plaats kan de patiënt onzekerheid, verdriet, frustratie, boosheid en vermindering van levensvreugde – 'ander nadeel' – ervaren.³

De patiënt is onderdeel van een gezin, een sociaal netwerk en een werkomgeving. Voorstelbaar is daarom dat de patiënt niet de enige is die schade lijdt. Direct betrokkenen (familie, vrienden en burens) komen in actie om de patiënt bij te staan, zij maken kosten

1 Zie hierover uitvoerig S.D. Lindenbergh, *Schadevergoeding: algemeen deel 1*, Monografieën BW, deel B34, Deventer: Kluwer 2008. Zie over de functies voorts R. Rijnhout, 'Kroniek AV&S Schadevergoedingsrecht', *AV&S* 2012, nr. 4, p. 132-145. Zie voor het begrip schade zelf S.D. Lindenbergh, *Schadevergoeding: algemeen deel 1*, Monografieën BW, deel B34, Deventer: Kluwer 2008, nr. 30-35.

2 Zie hoofdstuk 2, par. 2.2 voor een verduidelijking van het begrip schade.

3 R.M.E. Huver e.a., *Slachtoffers en aansprakelijkheid*, Deel I: Terreinverkenning, Amsterdam, Vrije Universiteit, WODC, Den Haag 2007, (onder meer) p. 27, 28, 50, 62.

ten behoefte van de patiënt en offeren vrije tijd of hun baan op om de patiënt te verzorgen. Direct betrokkenen hebben mogelijk ook verdriet van de gezondheidsschade van de patiënt. In geval van *wrongful birth* en *wrongful life* blijkt daarenboven zowel de partner van de vrouwelijke patiënt als het kind schade te lijden als gevolg van de aantasting van het zelfbeschikkingsrecht van de patiënte. Is de patiënt komen te overlijden, dan lijden de nabestaanden schade wegens het ontbreken van een inkomensbron of een helpende hand bij het huishouden en de verzorging van eventuele kinderen, om van hun verdriet nog maar te zwijgen. Ook een eventuele werkgever van de patiënt kan schade lijden. Hij zal op grond van artikel 7:629 BW bij ziekte het loon moeten doorbetalen en zal zich de nodige inspanningen moeten getroosten om de patiënt weer zo goed mogelijk aan het werk te krijgen. Daarnaast lijden (uitvoerings)instanties zoals de zorgverzekeraar en het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen (UWV) schade: zij bieden een eerste vangnet voor de door de patiënt te maken ziektekosten en een tweede vangnet bij arbeidsongeschiktheid.

De schade van de patiënt is het eerst te analyseren onderwerp van dit hoofdstuk (par. 7.2). Verkend wordt welke vermogensschade en welk ander nadeel voor vergoeding in aanmerking komt, waarbij in het bijzonder aandacht wordt besteed aan schadevergoeding in *wrongful birth* en *wrongful life* zaken. Het tweede te analyseren onderwerp betreft de schadevergoeding aan bij de patiënt betrokken derden (par. 7.3). Ingegaan wordt op vergoeding van vermogensschade van derden, de (on)mogelijkheid tot vergoeding van affectieschade, de (on)mogelijkheid tot vergoeding van shockschade en op de schadevergoeding aan partner en kind in *wrongful birth* en *wrongful life* situaties.

Hoewel de patiënt in beginsel recht heeft op vergoeding van (al) zijn schade, kan de hulpverlener of de producent tijdens de verhaalspogingen de patiënt een verweer tegenwerpen, met het doel zijn schadevergoedingsplicht ten opzichte van de patiënt te verminderen of geheel te doen laten vervallen.⁴ De meeste verweren zijn niet specifiek voor aansprakelijkheid in medische kwesties en worden daarom in dit onderzoek buiten beschouwing gelaten.⁵ De verjaring van de vordering als mogelijk verweer wordt daarentegen wel beschreven, omdat de jurisprudentie op het terrein van de verjaring van de vordering zich met name heeft ontwikkeld in het kader van medische aansprakelijkheid en verjaring van de vordering ertoe kan leiden dat de afdwingbaarheid van de vordering tot schadevergoeding vervalt (par. 7.4).

4 Zie hoofdstuk 6, par. 6.2.3 voor de schadebeperkingsplicht van de patiënt.

5 Zie bijvoorbeeld voor verrekening van voordelen S.D. Lindenbergh, *Schadevergoeding (losbl.) art. 100 BW*; A.T. Bolt, *Voordeelstoerekening, bij de begroting van de schadevergoeding in geval van onrechtmatige daad en wanprestatie* (diss. Groningen) Deventer: Kluwer 1989 en E.J. Wervelman, *De particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer, tweede druk 2009.

Het hoofdstuk wordt afgesloten met een signalering van knelpunten (par. 7.5).

7.2 SCHADE VAN DE PATIËNT

7.2.0 *Opmerkingen vooraf*

Deze paragraaf vangt aan met een korte bespreking van het wettelijk schadevergoedingsstelsel (par. 7.2.1). Omdat de schadeposten van de patiënt die als vermogensschade kunnen worden aangemerkt niet significant afwijken van die van het slachtoffer van een ander type ongeval wordt een uitvoerige bespreking van mogelijke schadeposten en de begroting daarvan achterwege gelaten. Desalniettemin zijn er schadeposten te onderscheiden die specifiek samenhangen met een normschending door de hulpverlener of met een gebrek in een medisch product of die samenhangen met het feit dat het slachtoffer de hoedanigheid van patiënt bezit. Gedoeld wordt op vermogensschade die wordt geleden doordat de vrouwelijke patiënt door de normschending is aangetast in haar zelfbeschikkingsrecht – *wrongful birth* en *wrongful life* situaties – en op kosten die samenhangen met het verhaal van schade op de hulpverlener of de producent (buitengerechtelijke kosten). Bij deze ‘bijzondere’ vermogensschade wordt daarom langer stilgestaan (par. 7.2.2). Vervolgens wordt in deze paragraaf de schade besproken die ziet op ander nadeel dat de patiënt kan onderkennen (par. 7.2.3).

7.2.1 *Vaststellen van de omvang van de schade*

De patiënt kan zijn vordering ‘te gelde maken’ volgens de wettelijke bepalingen van Boek 6, titel 1, afdeling 10, BW. Dit geldt zowel in het geval de hulpverlener aansprakelijk is, als in het geval de producent op grond van Boek 6, titel 3, afdeling 3, BW aansprakelijk is. Het vergoedingssysteem van Boek 6, titel 1, afdeling 10, BW heeft tot doel de patiënt *volledig herstel* te bieden.⁶ Hij dient – zoveel als mogelijk – te worden gebracht in de situatie waarin hij zou hebben verkeerd, indien de tekortkoming of onrechtmatige daad van de hulpverlener

⁶ Zie onder meer T. Hartlief, ‘Prognoses in het Personenschaderecht’, *AV&S* 2005, nr. 5, p.159-168. Daarbij mag geen onderscheid worden gemaakt naar geslacht: artikel 7 Algemene Wet gelijke behandeling verbiedt dit onderscheid. Dit artikel is ook van toepassing op uitkeringen uit een door de veroorzaker afgesloten verzekering. Zie op dit punt het verkennend onderzoek van de Commissie Gelijke Behandeling, ‘Onderscheid naar geslacht bij vaststelling van schade’, september 2012. Uit het onderzoek komt naar voren dat er zich ten onrechte gevallen voordoen waarin onderscheid werd gemaakt naar geslacht.

niet zou hebben plaatsgevonden of de producent geen gebrekkig product in het verkeer zou hebben gebracht.⁷

Het uitgangspunt van volledig herstel werd door de Hoge Raad in een zaak betreffende een onterechte verwijdering van de lymfeklieren van de patiënt als volgt benadrukt: “Bij de beoordeling (...) wordt het volgende voorop gesteld. Als uitgangspunt voor de berekening van de omvang van een wettelijke verplichting tot schadevergoeding dient dat de benadeelde zoveel mogelijk in de toestand moet worden gebracht waarin hij zou hebben verkeerd indien de schadeveroorzakende gebeurtenis zou zijn uitgebleven. Hieruit volgt dat zijn schade in beginsel moet worden berekend met inachtneming van alle omstandigheden van het concrete geval. Dit geldt ook wanneer sprake is van letsel-schade.”⁸

(Volledig) herstel geschiedt door vergoeding van vermogensschade en ander nadeel, hetgeen dan ook uitgangspunt is in het vergoedingssysteem van Boek 6, titel 1, afdeling 10, BW;⁹ artikel 6:95 BW bepaalt dat de schade die op grond van een wettelijke verplichting tot schadevergoeding moet worden vergoed, bestaat in vermogensschade en ander nadeel, dit laatste voor zover de wet op vergoeding hiervan recht geeft.¹⁰ Artikel 6:96 BW bepaalt vervolgens welke vermogensschade voor vergoeding in aanmerking komt, terwijl artikel 6:106, eerste lid, BW bepaalt onder welke omstandigheden een recht op vergoeding van ander nadeel bestaat. Ingevolge artikel 6:103 BW wordt schadevergoeding voldaan in geld ook al kan de rechter op vordering van de patiënt schadevergoeding in een andere vorm dan betaling van een geldsom toekennen. Wordt de schadevergoeding te laat betaald, dan heeft de patiënt ingevolge artikel 6:119, eerste lid, BW recht op vergoeding van de wettelijke

7 Dat de gevolgen behoren te worden goedge maakt, is een elementaire eis van onze rechtsorde, zie S.D. Lindenbergh, ‘Schadevergoeding, een kwestie van techniek en moraal’, in: *Schade: vergoeden of beperken*, Lelystad: Koninklijke Vermande 2004, p. 2, met verwijzing naar A.R. Bloembergen in: *Schadevergoeding een eeuw later*, Deventer: Kluwer 2002. Zie voor de grens ter zake volledige vergoeding en de keuzes die daarbij (moeten) worden gemaakt ook S.D. Lindenbergh, ‘Schadevergoeding, een kwestie van techniek en moraal’, in: *Schade: vergoeden of beperken*, Lelystad: Koninklijke Vermande 2004, p. 1-20 en T. Hartlief, ‘Keuzevrijheid in het personenschaderecht’, *NJB afl. 35/2004*, p. 1832-1839.

8 HR 5 december 2008, *NJ 2009*, 387, met nt. J.B.M. Vranken (Rijnstate/R.). Zie echter ook (niet-medisch) HR 11 januari 2013, *L/N BX9830*: betrokkene hoeft niet in oude toestand te worden hersteld als hij daarbij geen rechtens te respecteren belang heeft (nieuwe toestand had geen achteruitgang met zich gebracht).

9 Vergoeding in geld staat dus voorop en niet het herstel als zodanig. Redelijkheid en billijkheid (artikel 6:2 BW) kunnen echter met zich brengen dat herstel als zodanig moet worden bewerkstelligd: HR 24 februari 2012, *NJ 2012*, 143. Zie daarover S.D. Lindenbergh, ‘Over herstel, geld, redelijkheid en billijkheid’, *AV&S 2013/4*. In bijvoorbeeld Duitsland staat herstel voorop, zie hoofdstuk 10, par. 10.2.4.1.

10 Zie voor een bespreking van de achtergrond van artikel 6:95 BW S.D. Lindenbergh, *Smartengeld* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1998, p. 63-93.

rente over de tijd dat de hulpverlener of de producent met de voldoening van de schadevergoeding in verzuim is geweest.

De patiënt dient te stellen en, bij betwisting, te bewijzen dat hij schade heeft geleden en wat de omvang van die schade is, zo volgt uit de hoofdregel van artikel 150 Rv. De patiënt wordt wat het bewijs van de omvang van de schade betreft tegemoet gekomen als het gaat om het bewijs van onzekere toekomstschade: de hulpverlener dan wel de producent heeft de patiënt immers de mogelijkheid ontnomen om zekerheid te verschaffen over wat er in de hypothetische situatie zou zijn gebeurd.

In bijvoorbeeld een zaak aangespannen door een patiënte tegen haar arts, kwam aan de orde wat de omvang van haar verlies verdienvermogen was. De Hoge Raad overwoog ten aanzien van de bewijslast als volgt: ‘Naar het onderdeel terecht betoogt, rust op de benadeelde partij de bewijslast ter zake van de omvang van de schade waarvan zij vergoeding vordert, en geldt dit ook voor zover zij deze vordering baseert op verlies van toekomstige inkomsten uit arbeid. Het Hof heeft dan ook ten onrechte de gemotiveerde ontkenning door [de patiënt] van [de] stelling [van de arts] dat zij nog tot haar zestigste levensjaar full time zou hebben gewerkt, aangemerkt als een stelling waarvan de bewijslast op [de arts] rust. Wel moet bij dit een en ander het volgende in acht worden genomen. De vraag of de benadeelde schade heeft geleden door verlies van toekomstige inkomsten uit arbeid, moet worden beantwoord door vergelijking van de feitelijke inkomenssituatie na het schade veroorzakende voorval met de hypothetische situatie bij wegdenken daarvan. Bij zulk een vergelijking komt het aan op de redelijke verwachting van de rechter omtrent toekomstige ontwikkelingen.’¹¹

De rechter begroot vervolgens de omvang van de schade en wel op zodanige wijze dat dit het meest in overeenstemming is met de aard van de schade (concreet of abstract). Bij de begroting van *vermogensschade* is een nauwkeurige begroting uitgangspunt.¹² Kan de schade echter niet nauwkeurig worden vastgesteld, dan wordt zij door de rechter geschat, hetgeen is bepaald in artikel 6:97 BW. De regel beoogt de rechter zoveel mogelijk vrijheid te bieden bij de begroting van de schade, bij de keuze op welke wijze de begroting moet plaatsvinden, bij de beantwoording van de vraag of de schade nauwkeurig kan worden

11 HR 13 december 2002, NJ 2003, 212 (B./Olifiers). Zie ook HR 15 mei 1998, NJ 1998, 624 en HR 14 januari 2000, NJ 2000, 437, met nt. C.J.H. Brunner.

12 Zie voor de vraag of hiermee nog recht wordt gedaan het slachtoffer T. Hartlief, ‘Recht doen met abstracte schadebegroting’, *NJB* (portal) 2012/2463.

vastgesteld en bij de schatting, indien de schade niet nauwkeurig kan worden vastgesteld.¹³ De rechter mag zelfstandig te werk gaan en is vrij om feitelijke gegevens aan zijn beslissing ten grondslag te leggen. De rechter mag zich eveneens laten leiden door zijn eigen kennis van het dagelijks leven.¹⁴ Een voorbeeld van een schatting van de schade betreft de schade door het verlies van een kans.¹⁵

Bij de begroting van *ander nadeel* staat een nauwkeurige begroting ook voorop, maar moet de rechter rekening houden met alle omstandigheden.¹⁶ Factoren die van belang zijn betreffen de aard van de aansprakelijkheid,¹⁷ de aard van het letsel,¹⁸ de duur en de intensiteit van het geleden verdriet en de gederfde levensvreugde,¹⁹ maar bijvoorbeeld ook de ernst van de inbreuk op het rechtsgevoel van de patiënt.²⁰ Bij de weging van deze factoren zullen de persoonlijke omstandigheden van de patiënt een rol spelen, doch de rechter zal de zwaarte van het verdriet, de ernst van de pijn, het gemis aan levensvreugde en het geschokte rechtsgevoel met name moeten afleiden uit min of meer objectieve factoren en concrete aanwijzingen, zoals de aard van het letsel en de gevolgen daarvan voor de patiënt.²¹ Dit betekent dat bij bijvoorbeeld de begroting van de schade van een comateuze patiënt rekening mag worden gehouden met de mate van bewustzijn, hoewel het feit dat een patiënt een periode in coma heeft gelegen of bewusteloos is geweest, op zichzelf nog niet rechtvaardigt dat er over die periode geen recht bestaat op vergoeding van ander nadeel.²²

Begroting van nog niet ingetreden schade kan ingevolge artikel 6:105 BW door de rechter worden uitgesteld of na afweging van alle goede en kwade kansen bij voorbaat geschieden, zoals gebeurt bij de begroting van het toekomstig verlies van arbeidsvermogen. Ook bij de invulling van de toekomstige schade speelt de vrijheid van de rechter ingevolge artikel 6:97 BW een rol en mag de rechter bepalen hoe hij die schade vaststelt. De wijze van begroting van de schade is sterk met de feiten verweven en kan in zoverre in cassatie niet op juistheid worden getoetst.²³

13 Parl. Gesch. Boek 6, p. 339.

14 Parl. Gesch. Boek 6, p. 339. Zie ook HR 16 oktober 1998, *NJ* 1999, 196, met nt. A.R. Bloembergen.

15 Zie hoofdstuk 6, par. 6.3.5 voor het schatten van kansen. Zie voor een voorbeeld van een schatting in het kader van het verlies verdienvermogen Rechtbank 's-Gravenhage 29 mei 2013, *LJN* CA2475 (schade door nalaten beeldvormend onderzoek bij borstkanker).

16 Zie nader S.D. Lindenbergh, *Smartengeld* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1998, p. 221-274.

17 HR 9 augustus 2002, *NJ* 2010, 61, met nt. M.H. Wissink (*Wrongful Birth II*).

18 HR 17 november 2000, *NJ* 2001, 215, met nt. A.R. Bloembergen.

19 S.D. Lindenbergh, *Smartengeld 10 jaar later*, Deventer: Kluwer 2008, p. 70.

20 HR 20 september 2002, *NJ* 2004, 112, met nt. J.B.M. Vranken (*Coma-arrest*).

21 HR 20 september 2002, *NJ* 2004, 112, met nt. J.B.M. Vranken (*Coma-arrest*).

22 HR 20 september 2002, *NJ* 2004, 112, met nt. J.B.M. Vranken (*Coma-arrest*); Rechtbank Utrecht 2 juni 2010, *LJN* BM9253 en Rechtbank Utrecht 6 februari 2013, *LJN* BZ0813. Zie over het bewustzijn en lijden van een comapatiënt ook RTG Zwolle 10 maart 2005, *MC* 23 maart 2005, nr. 12, p. 499-501.

23 HR 14 januari 2000, *NJ* 2000, 437, met nt. C.J.H. Brunner.

7.2.2 Vermogensschade

7.2.2.1 Geleden verlies en gederfde winst

Vermogensschade omvat zowel geleden verlies als gederfde winst, aldus artikel 6:96, eerste lid, BW. Vermogensschade kan het gevolg zijn van lichamelijke (gezondheids)schade van de patiënt, evenals van de – naar objectieve maatstaven vastgestelde – geestelijke (gezondheids)schade.

Vermogensschade door lichamelijk of geestelijk letsel kan zich op verschillende manieren aandienen. Voorbeelden van vermogensschade zijn extra kosten van herstel- en/of controlebehandeling door de huisarts, gespecialiseerde artsen en paramedici, kosten van psychotherapie en de kosten van verblijf in een zorginstelling of revalidatie-instelling. Doorgaans zijn deze kosten concreet te bepalen; een nauwkeurige begroting staat dan ook voorop.

Naarmate de lichamelijke of geestelijke gezondheidstoestand van de patiënt slechter is of wordt, zal de vermogensschade in omvang toenemen. De patiënt kan bijvoorbeeld langdurig afwezig zijn van het werk door diens lichamelijke of geestelijke problemen en arbeidsvermogensschade lijden. Het kan tevens noodzakelijk zijn om de woning van de patiënt aan te passen (bijvoorbeeld het verwijderen van drempels of het aanbrengen van een traplift). Leidt de gezondheidstoestand tot een niet meer te repareren uitval van het menselijk lichaam of het geestelijk welzijn, dan kan het onmogelijk zijn een arbeidzaam leven op te pakken, een bedrijf te runnen, huishoudelijke taken uit te voeren en/of gebruikelijke klusactiviteiten te ontplooien.²⁴ In het bijzonder deze laatst genoemde schadeposten kunnen zich uitstrekken tot de verre toekomst en zijn om die reden niet bij voorbaat te bepalen. Desalniettemin zal de rechter de schade kunnen vaststellen met behulp van de feitelijke gegevens die over de patiënt, zijn werk, zijn bedrijf enzovoorts bekend zijn.

7.2.2.2 Vermogensschade bij wrongful birth en wrongful life

Vermogensschade kan ook het gevolg zijn van een inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt. Een inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht is bijvoorbeeld aan de orde wanneer door een normschending op gynaecologisch gebied – het door de hulpverlener niet (tijdig) onderkennen van een mislukte sterilisatie, abortus of curettage of het achterwege laten van prenatale diagnostiek met het doel afwijkingen van de foetus op te sporen – of door een gebrek in een anticonceptieproduct,²⁵ de patiënte het recht is ontnomen om een

24 Zie bijvoorbeeld Rechtbank 's-Gravenhage 18 juli 2012, *LJN* BX6419 (schade van een patiënt met een eigen bedrijf).

25 Zie als voorbeeld de Implanon zaken Rechtbank Alkmaar 11 februari 2004, *NJ* 2004, 205; Gerechtshof Amsterdam 24 januari 2008, *LJN* BC9815; HR 24 december 2010, *LJN* BO4579 evenals Rechtbank 's-Herto-

beslissing te nemen over niet nadere uitbreiding van haar gezin of afbreking van de zwangerschap. Als gevolg daarvan is er een situatie ontstaat waarin het gezin wordt uitgebreid met een kind dat niet gepland was. Belangrijke schadeposten zien dan ook op de kosten van verzorging en opvoeding van het kind en het derven van inkomsten als gevolg van het feit dat de patiënte tijd moet besteden aan de zorg voor het kind.

In hoofdstuk 6 werd al beschreven dat uit de jurisprudentie volgt dat, hoewel afbreking van zwangerschap is toegestaan tot het moment dat een vrucht buiten het lichaam van de moeder levensvatbaar is,²⁶ van een patiënte niet kan worden gevergd de door haar niet gewenste zwangerschap af te breken (of het kind aan derden af te staan), teneinde haar schade te beperken of te voorkomen.²⁷ Abortus betreft een hoogstpersoonlijk recht dat niet door de rechter kan worden getoetst. De patiënte die stelt tot een abortus te hebben besloten, ware zij goed geïnformeerd over de ernstige handicap waar haar kind mee geboren zou worden, kan niet worden tegengeworpen dat ze kennelijk een kindervens had.²⁸

Wat de kosten van verzorging en opvoeding betreft, leert de jurisprudentie sinds het in 1997 gewezen eerste '*wrongful birth*'-arrest dat de kosten van verzorging en opvoeding van een *gezond* kind tot en met het achttiende levensjaar van dat kind, zijnde de grens tot welke ouders wettelijk verplicht zijn voor het kind te zorgen (artikel 1:392 BW), door de aansprakelijke hulpverlener (of producent) aan de patiënt moeten worden vergoed. Het betreft immers kosten die er niet zouden zijn, indien de tekortkoming van de hulpverlener (of het gebrekkig anticonceptieproduct) er niet was geweest en de vrouwelijke patiënt dus de keuze had kunnen maken voor een niet nadere uitbreiding van het gezin. De kosten zijn bovendien, gezien zowel de aard van de schade als de aard van de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust aan de hulpverlener (of producent) toe te rekenen.²⁹ Niet juist is daarom dat dergelijke kosten slechts onder bijzondere omstandigheden in aanmerking behoren te komen: het feit dat voor elke ouder kosten voortvloeien uit een natuurlijke en door de wet erkende plicht om kinderen te verzorgen en op te voeden staat niet in de weg

genbosch 15 juni 2005, *JBPr* 2005, 75, met nt. J.S. Kortmann en Gerechtshof 's-Hertogenbosch 28 augustus 2007, *LJN* BB2385.

26 Tot 24 weken zwangerschap: Wet afbreking Zwangerschap, Stb. 1981, 257 en Besluit afbreking zwangerschap, Stb. 1984, 218. Na deze termijn is afbreking van de zwangerschap ingevolge artikel 287 Sr of 289 Sr in samenhang gelezen met artikel 82a Sr.

27 HR 16 april 2010, *LJN* BL2229; Rechtbank Zutphen 19 januari 1995, *NJkort* 1997, 44; Gerechtshof Leeuwarden 27 september 1995, te kennen uit HR 21 februari 1997, *NJ* 1999, 145, met nt. C.J.H. Brunner (*Wrongful Birth I*); Rechtbank Zutphen 17 april 1997, *NJkort* 1997, 44; Gerechtshof 's-Gravenhage 10 juli 2007, *LJN* BB2375 en Gerechtshof Amsterdam 18 januari 2007 en 30 september 2008, te kennen uit HR 16 april 2010, *LJN* BL2229.

28 HR 18 maart 2005, *NJ* 2006, 606, met nt. J.B.M. Vranken (*Baby Kelly*).

29 Zie voor toerekening van vermogensschade hoofdstuk 6, par. 6.4.

aan de schadevergoedingsplicht van de hulpverlener (of producent), aldus de Hoge Raad. Evenmin is daarom juist dat alleen de extra kosten of algemeen noodzakelijke kosten voor vergoeding in aanmerking zouden komen. Ter bepaling van de omvang van de kosten kan aansluiting worden gezocht bij de NIBUD-normen.³⁰

De Hoge Raad overwoog in het ‘wrongful birth I’-arrest als volgt: ‘3.7 (...) Het gaat hier om een medische fout van de arts die aldus op hem toe te rekenen wijze is tekortgeschoten in de nakoming van zijn verbintenis uit de behandelingsovereenkomst met de vrouw. In verband met de art. 6:74, 6:96 en 6:98 BW, in onderlinge samenhang gelezen, brengt dit mee dat de arts aansprakelijk is voor alle vermogensschade die in zodanig verband met die fout staat dat zij hem naar de maatstaf van art. 6:98 als een gevolg van die fout kan worden toegerekend. Voor een dergelijke toerekening is in beginsel voldoende dat door de desbetreffende fout een risico is geschapen, dat zich vervolgens heeft verwezenlijkt. Dat geval heeft zich hier onmiskenbaar voorgedaan, nu de door de arts niet medegedeelde afwezigheid van het spiraaltje heeft geleid tot een doorkruising van de gezinsplanning die met het aanbrengen van een spiraaltje werd beoogd. Een gezinsplanning als hier blijkt het voorgaande aan de orde, strekt, naar moet worden aangenomen, in het algemeen ten minste mede ertoe de gezinsomvang af te stemmen op de financiële mogelijkheden die de ouders verwachten te zullen hebben. De schade waarvan hier vergoeding wordt verlangd, bestaat in kosten waarvan alleen reeds wegens hun omvang moet worden aangenomen dat zij gedurende de minderjarigheid van het kind in beginsel mede de financiële armslag van het gezin zullen gaan bepalen. Dergelijke kosten zijn onmiskenbaar vermogensschade en, gelet op de aard van zowel deze schade als van de voormelde gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust, is niet in te zien waarom deze schade niet aan de arts als gevolg van deze gebeurtenis toegerekend zou moeten worden. Anders dan het hof heeft aangenomen, staat de wettelijke verplichting van de ouders ter zake van de verzorging en opvoeding van het kind daaraan niet in de weg; veeleer vloeit uit deze verplichting voort dat het hier inderdaad om kosten gaat die noodzakelijk moeten worden gemaakt en juist daarom een financieel nadeel en derhalve vermogensschade vormen. Een en ander brengt mee dat in een geval als het onderhavige de aansprakelijk-

30 HR 21 februari 1997, *NJ* 1999, 145, met nt. C.J.H. Brunner (Wrongful Birth I), rov. 3.11. Zie ook Rechtbank Maastricht 12 januari 1995, *NJkort* 1995, 21; Rechtbank Maastricht 17 april 1997 (na HR 21 februari 1997, Wrongful Birth I), *NJkort* 1997, 44 en Rechtbank Utrecht 8 augustus 2007, *LJN* BB1420. Mogelijk zou het aan de vrouwelijke patiënt te vergoeden bedrag ter zake de kosten van verzorging en opvoeding moet worden verminderd met een bedrag dat voor rekening van de vader van het kind zou moeten worden gebracht, aldus Gerechtshof 's-Hertogenbosch 18 maart 1996, *NJkort* 1996, 37.

heid van de arts voor de hier bedoelde schade in het stelsel van de wet past en de wet zelf geen grondslag biedt om vergoeding van dergelijke schade in beginsel af te wijzen.³¹

Aan vergoeding van schade bestaande in kosten van verzorging en opvoeding van het ‘ongeplande’ kind staat niet in de weg dat de vergoedbaarheid van die schade op ethisch protest heeft mogen rekenen.³²

De Hoge Raad overwoog in het ‘wrongful birth I’-arrest op dat punt als volgt: “3.8 Vervolgens dient te worden onderzocht of er andere bezwaren bestaan tegen het in beginsel toekennen van vergoeding voor schade, bestaande in de kosten van verzorging en opvoeding van het kind. Zowel in Nederland als in andere landen zijn dergelijke bezwaren naar voren gebracht. Zo is aangevoerd – kort gezegd – dat het toekennen van vergoeding van dergelijke kosten in een geval als het onderhavige, waarin het om een normaal en gezond kind gaat, slechts op de opvatting kan berusten dat het kind zelf als schade of schadefactor moet worden beschouwd en dat een dergelijke toekenning in elk geval in strijd komt met de waardigheid van het kind als mens omdat aldus zijn bestaansrecht wordt ontkend. Deze bezwaren komen de Hoge Raad niet overtuigend voor. De hiervoor in 3.7 in het kader van het stelsel van de wet ontwikkelde gedachtegang gaat uit van het rechtens te respecteren besluit van de ouders dat zij hun gezinsomvang wensten te beperken en neemt voor wat betreft de situatie nadat deze wens door de fout van de arts is doorkruist, uitsluitend tot uitgangspunt dat de ouders, die geacht moeten worden het kind in de nieuwe situatie te hebben aanvaard, aanspraak maken op een vergoeding voor het beslag dat op het gezinsinkomen wordt gelegd door de als gevolg van deze gang van zaken te verwachten kosten. In deze gedachtegang is geen plaats voor de opvatting dat het kind zelf als schade of schadefactor moet worden gezien. (...) Voormelde gedachtegang kan evenmin worden gezegd in strijd te komen met de waardig-

31 HR 21 februari 1997, *NJ* 1999, 145, met nt. C.J.H. Brunner (Wrongful Birth I), rov. 3.7. Zie voor een bespreking van het arrest op dit punt ook A.J. Verheij, ‘Wrongful Birth’, *VR* 1998, 12, p. 353-356. In 1995 werd hierover nog anders gedacht, zie Rechtbank Zutphen 19 januari 1995, *NJkort* 1997, 44 en Rechtbank Maastricht 12 januari 1995, *NJkort* 1995, 21. Zie anders na het wijzen van het Wrongful Birth I-arrest Rechtbank Zutphen 17 april 1997, *NJkort* 1997, 44 en Gerechtshof ’s-Hertogenbosch 18 maart 1996, *NJkort* 1996, 37.

32 HR 21 februari 1997, *NJ* 1999, 145, met nt. C.H.J. Brunner (Wrongful Birth I) en HR 18 maart 2005, *NJ* 2006, 606, met nt. J.B.M. Vranken (Baby Kelly). Zie uitvoerig S.C.J.J. Kortmann e.a., *Wrongful Birth en Wrongful life*, Deventer: Kluwer 2004; PG Hartkamp bij HR 18 maart 2005, *NJ* 2006, 606, met nt. J.B.M. Vranken (Baby Kelly); T. Hartlief, ‘Hollandse toestanden: de Hoge Raad over “wrongful life”’, *NTBR* 2005/6, p. 241-245 en H.J. van Kooten en H.M. Wattendorff, ‘Het belang niet geboren te worden’, in Hartkampvariaties, Deventer: Kluwer 2006, p. 41-55.

heid van het kind als mens of zijn bestaansrecht te ontkennen. Integendeel mag, mede in het belang van het kind, aan de ouders niet de mogelijkheid worden ontnomen om ten behoeve van het gehele gezin, met inbegrip van het nieuwe kind, aanspraak op vergoeding van de onderhavige kosten te maken.

3.9 Voorts is tegen toewijzing van een vordering tot vergoeding van kosten van verzorging en opvoeding van het kind als bezwaar naar voren gebracht dat die toewijzing ertoe kan leiden dat het kind op latere leeftijd op kwetsende wijze wordt geconfronteerd met de indruk dat het door zijn ouders niet werd gewenst, waarvan het kind psychische schade zou kunnen ondervinden. Ook dit bezwaar komt de Hoge Raad niet overtuigend voor. In de eerste plaats begeeft het zich in de tussen de ouders en het kind bestaande verhouding op een punt dat in beginsel aan de zienswijze van de ouders zelf dient te worden overgelaten. In de tweede plaats is het voorkomen van vooralsnog anonieme gezinsuitbreiding iets van geheel andere orde dan het niet wensen of aanvaarden van het kind als het eenmaal zijn individuele menselijke identiteit heeft verkregen. (...) In de derde plaats mag ervan worden uitgegaan dat ouders in het algemeen in staat zijn om aan het kind duidelijk te maken dat een indruk als voormeld onjuist is, nog daargelaten dat zijzelf die indruk kunnen logenstraffen door het kind met liefde en zorg groot te brengen.³³

Hoewel deze rechtspraak ziet op situaties waarin de tekortkoming van de arts leidde tot de geboorte van een gezond kind wordt niet anders geoordeeld in een *wrongful life* situatie. Zonder fout zou de patiënte gezien de ernstige afwijkingen van de vrucht, hebben besloten tot een afbreking van de zwangerschap en daarom behoren de volledige kosten van verzorging en opvoeding van het kind vergoed te worden. Er is geen reden om de vergoedingsplicht te beperken tot de extra kosten die een gehandicapt kind met zich brengt. Artikel 6:98 BW, noch artikel 6:163 BW, brengt die beperking met zich.

In het 'wrongful life'-arrest aangaande de geboorte van de gehandicapte baby Kelly bepaalde de Hoge Raad dat in dergelijke zaken niet anders over de vergoeding van kosten van verzorging en opvoeding behoort te worden geoordeeld dan in 'wrongful birth'-zaken door als volgt te overwegen: 'Hoewel op zichzelf juist is dat de ouders de geboorte van een kind hebben gewild, volgt daaruit niet dat zij de gebruikelijke kosten van opvoeding en verzorging van Kelly voor hun rekening moeten nemen. Vaststaat immers dat de ouders zowel hun dochter Kelly als zichzelf de ernstige handicaps waarmee Kelly vanaf de conceptie was behept, hadden willen besparen, en daarom Kelly voor haar bestaan

33 HR 21 februari 1997, NJ 1999, 145, met nt. C.J.H. Brunner (Wrongful Birth I), rov. 3.8 en 3.9.

hadden willen behoeden. Door de geboorte van Kelly is het door de geldende rechtsorde gewaarborgde recht van de ouders in dit opzicht hun leven naar eigen inzicht in te richten, dus doorkruist. De feitelijke gevolgen daarvan zijn onherroepelijk, maar dit neemt niet weg dat economisch gezien de ouders, juist omdat zij die gevolgen (het bestaan van Kelly) aanvaarden, zoveel mogelijk – in de vorm van schadevergoeding – in de positie moeten worden gebracht waarin zij zonder de fout zouden zijn geweest, dus in de positie waarin zij geen kosten voor opvoeding en verzorging van Kelly hadden hoeven maken. Daarbij komt nog het volgende. Ouders die, omdat zij hun gezin compleet achten, een behandelingsovereenkomst met een arts hebben gesloten strekkende tot voorkoming van verdere zwangerschappen, hebben in beginsel recht op vergoeding van de volledige kosten van opvoeding en verzorging van een kind dat vervolgens, door een fout van de arts, niettemin wordt geboren (vgl. HR 21 februari 1997, nr. 16197, *NJ* 1999, 145). Er is onvoldoende aanleiding de ouders die hun kind voor een ernstig gehandicapt leven hadden willen behoeden, welke bedoeling niet is verwezenlijkt door een fout van – in dit geval – de door de moeder ter begeleiding van haar zwangerschap ingeschakelde verloskundige, anders te behandelen dan de ouders in het zojuist bedoelde geval. Het vorenoverwogene brengt mee dat onvoldoende aanleiding bestaat voor de door het LUMC en de verloskundige bepleite gedeeltelijke toerekening in de zin van art. 6:98 BW van de gevolgen van de gemaakte fout. Evenmin kan worden aangenomen dat de geschonden norm ertoe strekt de ouders slechts te behoeden voor de extra kosten die zij als gevolg van de handicaps van Kelly moeten maken.³⁴

De door de Hoge Raad geformuleerde uitgangspunten zijn nadien niet gewijzigd. Wel verdient opmerking dat de kosten van verzorging en opvoeding niet (langer) eindigen bij het achttiende levensjaar. Op grond van artikel 1:395a, eerste lid, BW zijn de ouders wettelijk verplicht om het kind financiële bijstand ter zake levensonderhoud en studie te verlenen tot aan het éénnentwintigste levensjaar.³⁵

Wat de inkomensschade van de vrouwelijke patiënt betreft – deze is het gevolg van de noodzaak om tijd te besteden aan de (extra) zorg voor het kind –, leert de jurisprudentie dat deze evenzeer voor vergoeding in aanmerking komt, hoewel de patiënte zelf niet zonder meer in zodanige mate lichamelijk letsel heeft opgelopen dat zij fysiek is beperkt in het verrichten van betaald werk, maar ‘slechts beperkt is in de tijd die zij daaraan kan besteden.

34 HR 18 maart 2005, *NJ* 2006, 606, met nt. J.B.M. Vranken (Baby Kelly), rov. 4.6.

35 Zie voor een voorbeeld Rechtbank Utrecht 8 augustus 2007, *LJN* BB1420.

Een beperking in de vergoedingsplicht ligt hierin dat uit het concrete geval moet blijken dat de patiënte in *redelijkheid* ervoor heeft kunnen kiezen de zorg voor het kind op zich te nemen en de plaats te stellen van betaald werk.³⁶ Enerzijds moet dus gewicht worden toegekend aan de vrijheid van de patiënte om haar leven met het oog op het belang van het kind zodanig in te richten als haar goeddunkt, maar anderzijds moet gewicht worden toegekend aan haar schadebeperkingsplicht.³⁷

Uit het ‘wrongful birth I’-arrest blijkt dat uitgangspunt is dat de vrouw de vrijheid heeft om haar leven zodanig in te richten als haar goeddunkt, mede in aanmerking genomen het belang van het kind.³⁸ Zij kan dus niet worden verplicht tot een keuze die niet de hare is en daarmee niet worden verplicht om te gaan werken. Evenmin kan zij worden afgehouden van een vermindering van de hoeveelheid te werken uren. Aan de hand van de omstandigheden van het concrete geval moet worden bepaald of de vrouw in redelijkheid ervoor heeft kunnen kiezen de zorg voor het kind in de plaats te stellen van betaald werk. Een algemene aanname dat aan het opvoeden van een kind het vervullen van een (volledige) werkkring niet in de weg staat waardoor inkomensschade niet voor vergoeding in aanmerking zou komen, is geen rechtsregel die navolging verdient, aldus de Hoge Raad.³⁹

Zie voor een voorbeeld de uitspraak van de Rechtbank Zutphen in een geval waarin de vrouw als gevolg van de ongeplande geboorte minder was gaan werken in haar bedrijf en kosten had gemaakt in verband met vervangende arbeid. Van de vrouw werd niet verlangd dat zij, om haar schade te beperken, de zorg voor haar kind gedurende de eerste vijf levensjaren aan derden zou overlaten. De rechtbank ging ervan uit dat de schade in een dergelijk geval doorloopt tot het moment waarop het kind de leerplichtige leeftijd heeft bereikt.⁴⁰

36 HR 21 februari 1997, *NJ* 1999, 145, met nt. C.J.H. Brunner (Wrongful Birth I). Zie voor een bespreking van het arrest tegen de achtergrond van de keuzes die bij het vergoeden van schade (moeten) worden gemaakt T. Hartlief, ‘Keuzevrijheid in het personenschaderecht’, *NJB* afl. 35/2004, p. 1832-1839.

37 Zie over de schadebeperkingsplicht hoofdstuk 6, par. 6.2.3.

38 Ingevolge artikel 10 Gw.

39 HR 21 februari 1997, *NJ* 1999, 145, met nt. C.J.H. Brunner (Wrongful Birth I). Zie voor een bespreking van het arrest op dit punt ook A.J. Verheij, ‘Wrongful Birth’, *VR* 1998, 12. Zie ook HR 9 augustus 2002, *NJ* 2010, 61, met nt. M.H. Wissink (Wrongful Birth II) en Rechtbank Utrecht 8 augustus 2007, *LJN* BB1420. Zie in andere zin nog Gerechtshof 's-Hertogenbosch 18 maart 1996, *NJkort* 1996, 37.

40 Rechtbank Zutphen 19 januari 1995 en 17 april 1997, *NJkort* 1997, 44.

Uit de jurisprudentie kan worden afgeleid dat wat in redelijkheid van haar kan worden verlangd, afhangt van de specifieke gezinsomstandigheden, zoals het aantal en de leeftijd van de andere kinderen, het al dan niet deelnemen van de echtgenoot aan het arbeidsproces en de financiële middelen van het gezin.⁴¹

De Hoge Raad overwoog een en ander in het ‘wrongful birth I’- arrest. Omstandigheden die in dat arrest leidden tot de conclusie dat de vrouw in redelijkheid had mogen kiezen voor het op zich nemen van de zorg in plaats van te gaan werken, waren gelegen in het feit dat het gezin bestond uit twee kinderen van 12 respectievelijk 5,5 jaar oud, moeder en vader, dat de vader aan de ziekte van Crohn leed en dat het gezin aangewezen was op een RWW-uitkering.⁴²

Het is dus mogelijk dat van de patiënte met een hoog inkomen (hoger bijvoorbeeld dan de kosten van kinderopvang) eerder wordt verlangd aan het arbeidsproces te blijven of gaan deelnemen, dan van een patiënte met een laag inkomen. In het verlengde daarvan ligt de vraag of de patiënte met een hoog inkomen haar volledige inkomensschade vergoed krijgt of dat haar mag worden tegengeworpen dat de redelijkheid zich daartegen verzet. Enerzijds lijkt het maken van een verschil tussen patiënten met een ander inkomensniveau niet te verdedigen, maar anderzijds mag niet uit het oog worden verloren dat het om een verzorgingsinspanning gaat (en dus niet om het feitelijk verlies van verdienvermogen wegens letsel van de patiënte). Waar precies de grens ligt, is onzeker en zal per geval – mede aan de hand van de aard van geschonden norm – moeten worden bepaald.⁴³ Ook de vraag naar de periode waarover vergoeding van inkomensschade wordt toegekend, hangt af van de omstandigheden van het geval. Uit de rechtspraak kan worden afgeleid dat voor de bepaling van de duur van het te vorderen verlies van inkomen eveneens de redelijkheid van doorslaggevend belang is.⁴⁴ Wijzigen de omstandigheden, dan kan de keuze van de patiënte in een ander daglicht komen te staan. Een mee te wegen omstandigheid kan bijvoorbeeld de leerplichtige leeftijd van het kind zijn.⁴⁵

41 HR 21 februari 1997, *NJ* 1999, 145, met nt. C.J.H. Brunner (Wrongful Birth I). Zie ook HR 9 augustus 2002, *NJ* 2010, 61, met nt. M.H. Wissink (Wrongful Birth II) en Rechtbank Utrecht 8 augustus 2007, *LJN* BB1420.

42 HR 21 februari 1997, *NJ* 1999, 145, met nt. C.J.H. Brunner (Wrongful Birth I). Zie voor een voorbeeld ook Rechtbank Zutphen 19 januari 1995 en 17 april 1997, *NJkort* 1997, 44. Een zelfde redenering wordt gezien in overlijdensschadezaken waarin de achtergebleven moeder voor de keuze staat te gaan werken of de extra zorg voor het kind op zich te nemen, zie HR 10 april 2009, *NJ* 2009, 386, met nt. J.B.M. Vranken.

43 Zie hierover ook S.D. Lindenberg, Schadevergoeding, een kwestie van techniek en moraal in: Schade: vergoeden of beperken?, Lelystad: Koninklijke Vermande 2004, p. 7-15.

44 HR 11 juni 2010, *NJ* 2010, 332.

45 Rechtbank Zutphen 19 januari 1995 en 17 april 1997, *NJkort* 1997, 44.

7.2.2.3 Buitengerechtelijke kosten

Een andere belangrijke schadepost betreft de kosten van de patiënt voor juridische bijstand, advies van een medisch adviseur en het bericht van een medisch deskundige.⁴⁶ Doorgaans is het geschil voor de patiënt te complex en is hij te emotioneel betrokken om zijn schade zonder juridische bijstand op de hulpverlener en/of de producent te verhalen. Gezien de medische aspecten is voorts doorgaans het advies van een medisch adviseur nodig.⁴⁷ Het bericht van een medisch deskundige is veelal noodzakelijk om het bewijs te leveren van een tekortkoming en/of een *condicio sine qua non*-verband tussen de normschending en de schade van de patiënt, zo bleek uit eerdere analyses.⁴⁸ Omdat deze 'buitengerechtelijke' kosten deel uitmaken van de schade komen zij als vermogensschade voor vergoeding in aanmerking, zo volgt uit artikel 6:96, tweede lid, BW.⁴⁹

Desalniettemin blijkt discussie over de omvang van de te vergoeden kosten mogelijk. Dit houdt verband met de omstandigheid dat ingevolge artikel 6:96, tweede lid, onder b en c, BW alleen de *redelijke* kosten ter vaststelling van schade en aansprakelijkheid en de *redelijke* kosten ter verkrijging van voldoening buiten rechte voor vergoeding in aanmerking komen. De redelijkheidstoets ziet zowel op het maken van de kosten als op de omvang van de kosten. De beoordeling van hetgeen redelijk is, is sterk afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Een omstandigheid die wordt meegewogen is bijvoorbeeld het financiële belang van de zaak.⁵⁰ Niet zelden dan ook wordt door de hulpverlener (of de producent) het argument gebezigd dat hij niet gehouden is alle kosten te vergoeden, omdat de omvang van de buitengerechtelijke kosten niet in verhouding zou staan tot het financiële belang van de zaak. Een geschil op dit punt kan zelfs aanleiding zijn voor procedures. Soms is het verweer terecht,⁵¹ maar het is mijns inziens de vraag of in afdoende mate rekening wordt gehouden met de complexiteit van medische aansprakelijkheid.⁵² De complexiteit is immers evenzeer een omstandigheid die moet worden meegewogen.⁵³ Ook de aard van de schade, of er verweer is gevoerd of verweer valt te verwachten en de deskundigheid van

46 Dit is anders als gebruik wordt gemaakt van een rechtsbijstandverzekering.

47 Zie nader hoofdstuk 8, par. 8.2.1 voor de rol van de belangenbehartiger van de patiënt en par. 8.2.3 voor de rol van de medisch adviseur.

48 Zie hoofdstuk 4, par. 4.2.2.4 voor het deskundigenbericht als bewijs van een normschending en hoofdstuk 6, par. 6.3.3 voor het deskundigenbericht als bewijs van het *condicio sine qua non*-verband.

49 Zie daarvoor reeds HR 3 april 1987, *NJ* 1988, 275, met nt. C.J.H. Brunner. Zie ook S.D. Lindenbergh, Buitengerechtelijke kosten; grondslag en betekenis daarvan, in: Stichting Personenschade Instituut van Verzekeraars, Buitengerechtelijke kosten, vijf visies op de redelijkheid, Deventer: Kluwer 2000, p. 11-13.

50 S.D. Lindenbergh, Schadevergoeding (losbl.), aant. 193 bij art. 96 BW.

51 Zie voor voorbeelden Gerechtshof Arnhem 12 april 2011, *LJN* BQ1690 en Rechtbank Zwolle-Lelystad, 21 september 2011, rolnr. 171320/HA ZA 10-64 (niet gepubliceerd).

52 Zie ook in die zin ook Stichting De Ombudsman, Over leven in de medische letselschadepraktijk, 2008.

53 S.D. Lindenbergh, Schadevergoeding (losbl.), aant. 193 bij art. 96 BW.

degene die het werk heeft verricht, worden als omstandigheden genoemd,⁵⁴ terwijl het juist in medische aansprakelijkheidskwesties gezondheidsschade betreft, er doorgaans stevig verweer wordt gevoerd en de patiënt in veel gevallen niet zonder juridisch advies, het advies van een medisch adviseur en het bericht van een medisch deskundige kan, zo werd hierboven opgemerkt. Daar komt bij dat de omstandigheid dat – achteraf bezien – de zaak niet complex was, niet betekent dat het onredelijk van de patiënt was om zich te voorzien van deskundige hulp. Evenmin brengt de omstandigheid dat slechts een klein deel van het gevorderde bedrag toewijsbaar is met zich dat alle buitengerechtelijke kosten niet redelijk zouden zijn geweest.⁵⁵ Kosten van medisch advies, een deskundigenbericht en schadeberekeningen moeten bovendien worden vergoed, zelfs als de verkregen informatie en adviezen bij de uiteindelijke schaderegeling geen rol van betekenis spelen.⁵⁶ Het feit dat uiteindelijk niet komt vast te staan dat schade is geleden, hoeft evenmin aan een vergoeding van buitengerechtelijke kosten in de weg te staan. Daartoe is slechts nodig dat sprake is van een wettelijke verplichting tot schadevergoeding, oftewel een tekortkoming of onrechtmatige daad van de hulpverlener. Wel moeten de kosten in *condicio sine qua non*-verband staan met de normschending (of het gebrek in het product) en aan de hulpverlener (of producent) kunnen worden toegerekend.⁵⁷ In het kader van de aansprakelijkheid in medische zaken is bijvoorbeeld van belang dat kosten die zijn gemaakt in het kader van een tuchtprocedure jegens de betrokken hulpverlener niet op basis van artikel 6:96, tweede lid, BW voor vergoeding in aanmerking komen.

De overwegingen van de Hoge Raad op dit punt zijn de volgende: ‘Als uitgangspunt moet worden aanvaard dat een tuchtrechtelijke procedure niet kan worden aangemerkt als een redelijke maatregel ter vaststelling van aansprakelijkheid, zodat niet kan worden gezegd dat de kosten daarvan redelijke kosten zijn ter vaststelling van aansprakelijkheid als bedoeld in art. 6:96 lid 2, onder b, BW.’⁵⁸

Anders kan het zijn in geval van gemaakte kosten in een strafprocedure. Het Gerechtshof Arnhem oordeelde eens dat dergelijke kosten op grond van artikel 6:98 BW voor vergoeding in aanmerking moeten komen. Dit betrof een seksueel

54 Zie S.D. Lindenbergh, ‘Buitengerechtelijke kosten; grondslag en betekenis daarvan’, in: Stichting Personen-schade Instituut van Verzekeraars, Buitengerechtelijke kosten, vijf visies op de redelijkheid, Deventer: Kluwer 2000, p. 22 en F.Th. Kremer, ‘Administratiekosten en art. 6:96 BW’, *A&V* 1999, nr. 1, p. 17. Zie ook RvT Verzekeringen 25 maart 2002, *VR* 2003, 33.

55 HR 5 april 2013, *LJN* BY9086 (niet-medisch).

56 Gerechtshof ’s-Hertogenbosch 1 februari 1989, *VR* 1989, 180.

57 Aldus HR 11 juli 2003, *NJ* 2005, 50, met nt. J.B.M. Vranken. Zie ook Gerechtshof Amsterdam 15 februari 2011, *LJN* BR6420.

58 HR 10 januari 2003, *NJ* 2003, 537, met nt. W.M. Kleijn; HR 3 juni 2005, *NJ* 2005, 324, met nt. J.B.M. Vranken en Gerechtshof Arnhem 27 oktober 2009, *LJN* BL6561.

misbruikzaak, doch niet uit te sluiten valt dat bepaalde omstandigheden vergoeding kunnen rechtvaardigen in een kwestie van medische aansprakelijkheid.⁵⁹

Het voorgaande ten spijt blijken de kosten van rechtsbijstand in de praktijk een reden te zijn om af te zien van juridische hulp en advies van een medisch deskundige; de patiënt denkt de kosten niet te kunnen voorschieten of vreest dat hij uiteindelijk een deel van de kosten zelf zal moeten dragen.⁶⁰ Een en ander kan echter leiden tot het uitblijven van een schadevergoeding ook al heeft de patiënt daarop mogelijk wel recht. In hoofdstuk 8 wordt op dit probleem nader ingegaan.⁶¹

7.2.3 *Nadeel dat niet in vermogensschade bestaat*

Artikel 6:106, eerste lid, BW bepaalt dat voor nadeel dat niet in vermogensschade bestaat (ook immateriële schade genoemd), de benadeelde recht heeft op een naar billijkheid vast te stellen schadevergoeding, indien a) de aansprakelijke persoon het oogmerk had zodanig nadeel toe te brengen,⁶² b) de benadeelde lichamelijk letsel heeft opgelopen,⁶³ in zijn eer of goede naam is geschaad,⁶⁴ of op andere wijze in zijn persoon is aangetast,⁶⁵ of c) het nadeel gelegen is in de aantasting van de nagedachtenis van een overledene en toegebracht is aan de niet van tafel en bed gescheiden echtgenoot, de geregistreerde partner of een bloedverwant tot in de tweede graad van de overledene, mits de aantasting plaatsvond op een wijze die de overledene, ware hij nog in leven geweest, recht zou hebben gegeven op schadevergoeding wegens het schaden van zijn eer of goede naam.⁶⁶ Vergoeding van ander nadeel heeft meerdere functies; zij beoogt letsel dat niet kan worden hersteld, te compenseren, een geschokt rechtsgevoel te verzachten en (fundamentele) rechten te handhaven.⁶⁷

59 Gerechtshof Arnhem 18 februari 2003, *NJ* 2003, 500.

60 B.C.J. Velthoven en M.J. ter Voert, *Geschilbeslechtsingsdelta* 2003, WODC, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 30, 57 en 65. Zie ook R.J.J. Eshuis e.a., *Hulp bij juridische problemen. Een verkennend onderzoek naar de kwaliteit van de dienstverlening van advocaten en rechtsbijstandverzekeraars*, WODC, Cahier reeks, 2012, p. 60-61 en Stichting De Ombudsman, *Over leven in de medische letselchadepraktijk*, 2008.

61 Hoofdstuk 8, par. 8.2.6.

62 Zie voor de achtergrond S.D. Lindenbergh, *Smartengeld* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1998, p. 96-101.

63 Zie voor de achtergrond S.D. Lindenbergh, *Smartengeld* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1998, p. 101-103.

64 Zie voor de achtergrond S.D. Lindenbergh, *Smartengeld* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1998, p. 103-107.

65 Zie voor de achtergrond S.D. Lindenbergh, *Smartengeld* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1998, p. 107-112 en p. 130-171.

66 Zie voor de achtergrond S.D. Lindenbergh, *Smartengeld* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1998, p. 112-115.

67 Parl. Gesch. Boek 6, p. 377; S.D. Lindenbergh, *Smartengeld* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1998, p. 5-62; S.D. Lindenbergh, *Smartengeld tien jaar later*, Deventer: Kluwer 2008, p. 4-16 en T. Hartlief, 'Smartengeld in Nederland anno 2012: tijd voor een steen in stilstaand water?', *Smartengeldgids* 2012, Den Haag: ANWB 2012, p. 6-11. Zie ook HR 20 september 2002, *NJ* 2004, 112, met nt. J.B.M. Vranken (Coma-arrest) wat de genoegdoeningsfunctie betreft.

Ingevolge artikel 6:106, tweede lid, BW is het recht op een vergoeding van ander nadeel niet vatbaar voor overgang en beslag, tenzij het bij overeenkomst is vastgelegd of ter zake een vordering in rechte is ingesteld. Het doel van het tweede lid moet worden gezocht in het bijzondere – persoonlijke – karakter van een vergoeding van ander nadeel.⁶⁸ Voor overgang onder algemene titel (op erfgenamen van de patiënt bijvoorbeeld) van de vergoeding is daarentegen voldoende dat de patiënt aan de hulpverlener en/of de producent heeft meegedeeld op de vergoeding aanspraak te maken.⁶⁹ Het persoonlijke karakter van een vergoeding voor ander nadeel brengt voorts met zich dat een vergoeding als verknocht moet worden aangemerkt, welke verknochtheid zich ertegen verzet dat de vergoeding in de gemeenschap valt, aldus artikel 1:94, derde lid, BW.⁷⁰ Wel is het mogelijk dat de vergoeding in de faillissementsboedel van de patiënt valt.⁷¹

Lichamelijk letsel is in de praktijk de belangrijkste oorzaak voor een vordering tot vergoeding van ander nadeel. Zo ook in het geval sprake is van een normschending of gebruik van een gebrekkig product bij medisch handelen. Er zal ook in dat geval immers sprake zijn van gezondheidsschade.⁷² Wat lichamelijk letsel is, roept weinig discussie op.⁷³ Niet alleen wordt daaronder verstaan verwonding, beschadiging van lichaamsweefsel, maar ook lichamelijke achteruitgang als gevolg van niet tijdig of onjuist medisch handelen,⁷⁴ en ongewenste zwangerschap.⁷⁵ De beschadiging of dood van de ongeboren vrucht wordt eveneens aangemerkt als lichamelijk letsel van de moeder.

De Rechtbank 's-Hertogenbosch bijvoorbeeld stelde vast dat voor het standpunt van de eiseres in kwestie – dat het veroorzaken van de dood van de kinderen waarvan zij in verwachting was ingevolge artikel 82a (bedoeld is kennelijk artikel 82) van het Wetboek van Strafrecht gezien moest worden als zware mishandeling van eiseres zelf – steun gevonden kan worden in artikel 1:2 van het BW. Voorts overwoog de rechtbank dat hieruit volgde dat de artikelen 6:107 en 6:108 BW in dat geval naar de letter genomen geen toepassing konden

68 Parl. Gesch. Boek 6 p. 379, 381-383. Zie uitvoeriger over artikel 6:106, tweede lid, BW: S.D. Lindenberg, 'De vermogensrechtelijke lotgevallen van het recht op smartengeld', *TVP* 2003, nr. 1, p. 1-6.

69 Dit kan een probleem zijn, wanneer de patiënt in coma verkeerd, HR 20 september 2002, *NJ* 2004, 112, met nt. J.B.M. Vranken (Coma-arrest).

70 HR 24 oktober 1997, *NJ* 1998, 693, met nt. W.M. Kleijn; HR 3 november 2006, *NJ* 2008, 257; HR 3 november 2006, *NJ* 2008, 258, met nt. L.C.A. Verstappen; Gerechtshof 's-Gravenhage 11 juni 2008, *LJN* BD6054; Gerechtshof 's-Gravenhage 28 januari 2009, *LJN* BH4337. Zie anders Gerechtshof 's-Gravenhage 26 oktober 2011, *LJN* BV7598.

71 HR 22 november 2002, *NJ* 2003, 32, met nt. P. van Schilfgaarde.

72 Zie bijvoorbeeld Rechtbank Almelo 2 maart 2011, *LJN* BP7876.

73 Zie ook hoofdstuk 5, par. 5.4.4.2.

74 Zie bijvoorbeeld Rechtbank Amsterdam 9 juli 1997, rolnr. H 95.0601 (niet gepubliceerd).

75 Zie bijvoorbeeld Gerechtshof 's-Hertogenbosch 28 augustus 2007, *LJN* BB2385.

vinden. Tevens overwoog de rechtbank dat, nu de wetgever aan de doodgeboren vrucht geen zelfstandige rechtspositie toekent, het veroorzaken van de dood van de vrucht gezien moest worden als een aantasting van het lichaam van de moeder, hetgeen ook uitdrukking heeft gevonden in artikel 82 van het Wetboek van Strafrecht.⁷⁶

In diezelfde zin overwoog de Rechtbank Amsterdam. Door de zwangere vrouw niet tijdig op te nemen en niet te onderkennen dat sprake was van een zwangerschapsvergiftiging was de hulpverlener in kwestie tekort geschoten ten opzichte van de vrouw. Ten aanzien van de gevorderde immateriële schade oordeelde de rechtbank dat de bevalling van de dode vrucht een vorm van lichamelijk letsel van de moeder was.⁷⁷

Toch kan in een enkel geval worden getwijfeld of sprake is van lichamelijk letsel, zoals in die gevallen waarin het beschadigde lichaamsweefsel van het lichaam was afgescheiden op het moment van beschadiging. Gedacht kan worden aan vernietiging van buiten het lichaam bewaarde eicellen of zaadcellen.⁷⁸ Een ander voorbeeld betreft de beschadiging van een nog te transplanteren orgaan.⁷⁹

Het Hof van Justitie werd in de zaak *Veedfald/Århus Amtskommune* de prejudiciële vraag voorgelegd of de met een gebrekkige infusievloeistof ingespoten nier – als gevolg waarvan die nier niet meer geschikt werd gedacht voor transplantatie bij de patiënt – zaakschade aan de nier betrof of letselschade van de patiënt. De patiënt immers kon nu niet beschikken over een nier, met alle gevolgen voor de gezondheid van dien. Het Hof van Justitie kon deze vraag gezien artikel 234 EG (thans artikel 267 VwEU⁸⁰) niet beantwoorden, maar overwoog wel dat de nationale rechter moest nagaan in welke categorie de omstandigheden van de zaak moeten worden ondergebracht, en dat hij niet een vergoeding kan weigeren op grond dat, hoewel aan de andere aansprakelijkheidsvoorwaarden is voldaan, de geleden schade niet in een van de catego-

76 Rechtbank 's-Hertogenbosch 16 november 2001, *LJN* AD6137.

77 Rechtbank Amsterdam, 9 juli 1997, rolnr. H 95.0601 (niet gepubliceerd). Zie ook Rechtbank Rotterdam 12 december 1986, *NJ* 1988, 62; Rechtbank Arnhem 30 januari 1997, *NJkort* 1997, 20 en Rechtbank Rotterdam 8 februari 2006, *LJN* AX2193.

78 S.D. Lindenbergh, *Schadevergoeding* (losbl.) aant. 27.13 bij art. 106 BW.

79 Zie ook hoofdstuk 5, par. 5.4.4.2.

80 Het Hof van Justitie van de Europese Unie is bevoegd, bij wijze van prejudiciële beslissing, een uitspraak te doen a) over de uitlegging van de Verdragen, en b) over de geldigheid en de uitlegging van de handelingen van de instellingen, de organen of de instanties van de Unie.

rieën zou kunnen worden ondergebracht.⁸¹ De advocaat-generaal die bij de beoordeling was betrokken beschouwde de schade als letselschade van de patiënt. Hij overwoog daartoe als volg: ‘Ik sluit mij aan bij de zienswijze van de Commissie, die voorstelt de beschadiging van een menselijk orgaan dat bij de donor is weggenomen om onmiddellijk daarna bij de ontvanger te worden getransplanteerd, als “schade veroorzaakt door lichamelijk letsel” te beschouwen. De letters a en b van artikel 9 betreffen immers respectievelijk twee categorieën van schade: de schade veroorzaakt door dood of lichamelijk letsel, en beschadiging of vernietiging van een andere zaak dan het gebrekkige product. Aangezien een menselijk orgaan niet voldoet aan de door letter b, sub i en ii, van voormelde bepaling gestelde voorwaarden, namelijk dat die zaak gewoonlijk bestemd is voor ge- of verbruik in de privésfeer en door de gelaedeerde hoofdzakelijk daartoe is gebruikt, moet worden geconcludeerd, dat de beschreven schade in casu enkel schade veroorzaakt door lichamelijk letsel kan zijn.’⁸²

Lichamelijk letsel wordt traditioneel onderscheiden van *geestelijk* letsel. Het toebrengen van geestelijk letsel kan, ook zonder dat tevens sprake is van lichamelijk letsel, zelfstandig worden aangemerkt als een persoonsaantasting in de zin van artikel 6:106, eerste lid, aanhef en onder b, BW, hetgeen recht geeft op een naar billijkheid vast te stellen schadevergoeding.⁸³ Persoonsaantasting door geestelijk letsel kan zich in zeer uiteenlopende gevallen voordoen.⁸⁴ Doorgaans is het niet eenvoudig aan te tonen dat er zodanig geestelijk letsel is dat gesproken kan worden van een persoonsaantasting die recht geeft op een naar billijkheid vast te stellen schadevergoeding. Min of meer psychisch onbehagen is daartoe onvoldoende.⁸⁵ De Hoge Raad heeft bepaald dat degene die zich (voor een recht op scha-

81 HvJEG 10 mei 2001, VR 2001, 111 (Veedfald/Århus Amtskommune). Zie voor een bespreking L. Dommering-van Rongen, ‘Productaansprakelijkheid ziekenhuis voor gebrekkige infusievloeistof, NTBR 2001/9, p. 474-478.

82 Conclusie A-G D. Ruiz-Jarabo Colomer van 1 december 2000.

83 Zie nader S.D. Lindenbergh, Smartengeld (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1998, p. 138-150 en S.D. Lindenbergh, ‘Vermogensrechtelijke remedies bij schending van fundamentele rechten’ in: G.E. van Maanen en S.D. Lindenbergh, EVRM en privaatrecht: is alles van waarde weerloos?, Preadviezen 2011 uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht, Deventer: Kluwer 2011, p. 89.

84 Zie voor voorbeelden van uiteenlopende aard: HR 13 januari 1995, NJ 1997, 366, met nt. C.J.H. Brunner; HR 1 november 1996, NJ 1997, 134; HR 2 mei 1997, NJ 1997, 662, met nt. J.M.M. Maeijer; HR 26 juni 1998, NJ 1998, 778 en HR 9 mei 2003, NJ 2005, 168, met nt. W.D.H. Asser. Zie ook S.D. Lindenbergh, ‘Smartengeld: ontwikkeling en stilstand’, Smartengeldgids 2006, Den Haag: ANWB 2006 en G.J.M. Verburg, Vaststelling van smartengeld, Deventer: Kluwer 2009, p. 102-106.

85 HR 13 januari 1995, NJ 1997, 366, met nt. C.J.H. Brunner en HR 21 februari 1997, NJ 1999, 145, met nt. C.J.H. Brunner (Wrongful Birth I). Zie voor een bespreking van het Wrongful Birth I-arrest op dit punt ook A.J. Verheij, ‘Wrongful Birth’, VR 1998, 12. Zie ook S.D. Lindenbergh, ‘Vermogensrechtelijke remedies bij schending van fundamentele rechten’ in: G.E. van Maanen en S.D. Lindenbergh, EVRM en privaatrecht: is alles van waarde weerloos?, Preadviezen 2011 uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht, Deventer: Kluwer 2011, p. 89-90.

devergoeding) op aantasting van de persoon wegens geestelijk letsel beroept, voldoende concrete gegevens dient aan te voeren, waaruit kan volgen dat in verband met de omstandigheden van het geval een psychische beschadiging is ontstaan, waartoe nodig is dat naar *objectieve maatstaven* het bestaan van geestelijk letsel is of had kunnen zijn vastgesteld.⁸⁶ De patiënt zal dit bijvoorbeeld kunnen aantonen met medische bescheiden waaruit de psychische beschadiging blijkt of met een oordeel van een deskundige.⁸⁷

Een voorbeeld van aantasting in de persoon wegens geestelijk letsel dat recht gaf op een schadevergoeding betreft een zaak waarin een patiënte in verband met de bevalling van haar kind ten onrechte niet als risicopatiënt werd aangemerkt, waardoor er te laat werd ingegrepen toen de placenta los liet en de foetus als gevolg daarvan kwam te overlijden. De patiënte maakte een zeer zware bevalling door, waardoor zij psychische klachten ontwikkelde. De deskundige diagnosticeerde de klachten als een posttraumatische stressstoornis. Een en ander was voor de rechtbank aanleiding om de patiënte een bedrag van f 30.000 toe te kennen.⁸⁸

Een ander voorbeeld betreft eveneens een bevalling. De patiënte beviel door middel van een keizersnede van een dochter, die in zeer slechte conditie ter wereld kwam. Moeder en kind waren onvoldoende in de gaten gehouden en er was te laat tot een keizersnede besloten. De baby overleed later die dag. De rechtbank die over de vergoeding van schade moest oordelen, overwoog expliciet dat zij aannam dat sprake was geweest van een traumatische ervaring, doch dat een psychiatrische stoornis niet kon worden vastgesteld. Nu evenwel in de procedure door de hulpverlener was erkend dat een aantasting in de persoon aan de orde was, werd wel een vergoeding toegekend: de moeder kreeg voor de aantasting in de persoon een bedrag van € 5.000 toegewezen.⁸⁹

Ook in die gevallen waarin de patiënt geestelijk letsel oploopt, omdat hij niet of onjuist is geïnformeerd, heeft de patiënt recht op een naar billijkheid vast te stellen schadevergoeding.

86 HR 9 mei 2003, *NJ* 2005, 168, met nt. W.D.H. Asser en HR 19 december 2003, *NJ* 2004, 348.

87 De deskundige dient zijn oordeel te objectiveren over het geestelijk letsel en niet louter af te gaan op de subjectieve klachten van de patiënt, zo volgt bijvoorbeeld uit het tussenarrest van het Gerechtshof's-Hertogenbosch 19 juni 2012, *LJN* BW8927.

88 Rechtbank Arnhem 30 januari 1997, *NJkort* 1997, 20. Zie ook vastgestelde posttraumatische stressstoornis Rechtbank Arnhem 15 maart 2001, *VR* 2002, 140 en Rechtbank Maastricht 22 maart 2006, *LJN* AV7273.

89 Rechtbank Rotterdam 8 februari 2006, *JA* 2006, 52. Zie voor de feiten ook CTG 19 mei 2005, zaaknr. 2004/129. Zie voor een vergelijkbare zaak Gerechtshof Arnhem 22 mei 2007, *L&S* 2007, 171.

Zo leidde bijvoorbeeld het te stellig meedelen dat verdere behandeling geen zin had en dat de patiënt nog maar zes weken tot drie maanden te leven had, terwijl dit achteraf een onjuiste mededeling bleek te zijn, tot toekenning van een bedrag van € 12.000. De patiënt in kwestie had na de achteraf onjuist gebleken mededeling aantoonbaar te kampen gehad met verwerkingsproblemen en had zich onder behandeling van een psycholoog gesteld.⁹⁰

Ook de patiënt die het ziekenhuis bezocht in verband met een mamma-afwijking en die onverwacht werd geconfronteerd met haar medisch dossier waarin de uitslag 'HIV-positief' was vermeld, kreeg een schadevergoeding. Bij de patiënt werd geestelijk letsel vastgesteld.⁹¹

De patiënte die door de haar behandelend arts niet op de hoogte was gesteld van het opgetreden spier-zenuwletsel, terwijl zij in haar been voelde dat er iets mis was, werd gevolgd in haar stelling dat door de verzwijging haar vertrouwen in medici ernstig was aangetast. De rechtbank volgde de stelling van de arts dat er slechts sprake was van psychisch onbehagen niet, en overwoog dat aan de patiënt onnodig extra leed was toegebracht.⁹² Onduidelijk is echter of sprake was van geestelijk letsel. Dit blijkt niet uit de uitspraak. Evenmin blijkt van een ingrijpende aantasting van een fundamenteel recht, zie hieronder. Het is dan ook de vraag of deze uitspraak voldoet aan de eisen die worden gesteld aan het recht op schadevergoeding in verband met aantasting van de persoon.⁹³

Naast de hiervoor besproken gevallen bestaat voor nadeel dat niet in vermogensschade bestaat ook recht op schadevergoeding wegens een aantasting in de persoon *zonder dat geestelijk letsel is vereist*, indien een (ernstige) aantasting van een fundamenteel persoonlijkheidsrecht heeft plaatsgevonden.⁹⁴ Persoonlijkheidsrechten zijn subjectieve rechten. Naar hun inhoud zijn zij vergelijkbaar met grondrechten, met dien verstande dat de persoonlijkheidsrechten zonder meer gelden in de horizontale verhouding tussen burgers

90 Rechtbank Amsterdam 25 augustus 2004, rolnr. H 02.1250 (niet gepubliceerd).

91 Rechtbank Rotterdam 14 september 2000, rolnr. 99-1298 (niet gepubliceerd).

92 Rechtbank Amsterdam 7 januari 2009, *L&S* 2010, 77, rov. 4.26.

93 Zie hierover ook T. Hartlief, 'Smartengeld in Nederland anno 2012: tijd voor een steen in stilstaand water?', *Smartengeld*gids 2012, Den Haag: ANWB 2012, p. 6-11 over de functie van het smartengeld als straf op een onredelijke opstelling van de hulpverlener/verzekeraar. Hartlief vraagt zich of bijvoorbeeld vergoeding van wettelijke rente niet beter op zijn plaats is.

94 HR 9 juli 2004, *NJ* 2005, 391, met nt. J.B.M. Vranken en HR 18 maart 2005, *NJ* 2006, 606, met nt. J.B.M. Vranken (Baby Kelly). Zie nader S.D. Lindenbergh, *Smartengeld* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1998, p. 150-170 en S.D. Lindenbergh, 'Vermogensrechtelijke remedies bij schending van fundamentele rechten' in: G.E. van Maanen en S.D. Lindenbergh, *EVRM en privaatrecht: is alles van waarde weerloos?*, Preadviezen 2011 uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht, Deventer: Kluwer 2011, p. 90.

onderling.⁹⁵ Een dergelijk persoonlijkheidsrecht is het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt.⁹⁶ Ook het Europese Hof voor de Rechten van de Mens onderkent het bestaan van het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt;⁹⁷ wordt het zelfbeschikkingsrecht niet gerespecteerd – ook al is dat maar in beperkte mate⁹⁸ –, dan kan dit een schending van artikel 8 EVRM betekenen,⁹⁹ en onder omstandigheden ook een schending van artikel 3 EVRM.¹⁰⁰ De bescherming van het zelfbeschikkingsrecht is tevens verankerd in artikel 10 en 11 Gw, artikel 3, tweede lid, Handvest EU en artikel 7 Handvest EU. Onderdeel van het zelfbeschikkingsrecht is het geïnformeerd toestemming (kunnen) verlenen voor een bepaalde geneeskundige behandeling. Dit betekent dat door een schending van de informatieplicht door de hulpverlener of producent de patiënt aangetast wordt in zijn zelfbeschikkingsrecht. Een ‘specialis’ van een aantasting van het zelfbeschikkingsrecht betreft de vrouwelijke patiënt die, bijvoorbeeld door het uitblijven van prenatale diagnostiek (en waardoor geen informatie over de toestand van de foetus beschikbaar is), in haar recht wordt gefrustreerd

95 S.D. Lindenbergh, ‘De positie en de handhaving van persoonlijkheidsrechten in het Nederlandse privaatrecht’, *TvPr* 1999, nr. 4, p. 1668-1669. Zie hierover ook S.D. Lindenbergh, ‘Vermogensrechtelijke remedies bij schending van fundamentele rechten’ in: G.E. van Maanen en S.D. Lindenbergh, *EVRM en privaatrecht: is alles van waarde weerloos?*, Preadviezen 2011 Nederlandse Vereniging voor Burgerlijk Recht, Deventer: Kluwer 2011, p. 74, 89-100.

96 Het zelfbeschikkingsrecht wordt gezien als een van de belangrijkste en meest besproken beginselen in het gezondheidsrecht, zie H.J.J. Leenen, J.K.M. Gevers en J. Legemaate, *Handboek gezondheidsrecht Deel I*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, vijfde, geheel herziene druk, 2011, p. 37-39. J.F. Rang sprak in zijn oratie in 1973 ook al over patiëntenrechten als persoonlijkheidsrecht, zie J.F. Rang, *Patiëntenrecht* (oratie Leiden), Leiden: Bohn Stafleu van Loghum, 1973, tevens opgenomen in oratiebundel *Gezondheidsrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2012. Zie evenzeer over het zelfbeschikkingsrecht als fundamenteel recht W.B. van der Mijn, *Wie stelt de dokter de wet?* (oratie Rotterdam), Deventer: Kluwer 1983, tevens opgenomen in de oratiebundel *Gezondheidsrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2012, p. 78; B. Sluijters, *Geknipt verband* (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 1985, tevens opgenomen in de oratiebundel *Gezondheidsrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2012, p. 145; H.D.C. Roscam Abbing, *Beslissen door de patiënt* (oratie Utrecht) 1994, tevens opgenomen in de oratiebundel *Gezondheidsrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2012, p. 199 en A.C. Hendriks, *In beginsel* (oratie Leiden), 2005, opgenomen in de oratiebundel *Gezondheidsrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2012, p. 372 en J. Legemaate, ‘Het zelfbeschikkingsrecht: oud debat nieuw licht’, *TvGr* 2004, 1, p. 18-20. Zie voorts HR 23 november 2001, *NJ* 2002, 386; HR 23 november 2001, *NJ* 2002, 387, met nt. J.B.M. Vranken; HR 9 augustus 2002, *NJ* 2010, 61, met nt. M.H. Wissink en HR 18 maart 2005, *NJ* 2006, 606, met nt. J.B.M. Vranken (Baby Kelly). Zie ook annotatie H. van Ommen bij HR 23 april 2010, *LeS* 2010, 183.

97 EHRM 29 april 2002, *European Journal of Health Law* 2002, p. 263-279 (Pretty/Verenigd Koninkrijk); EHRM 20 maart 2007, *NJCM-Bulletin* 2007, p. 497, met nt. A.C. Hendriks en EHRC 2007, 70, met nt. H.L. Janssen (Tysic/Polen); EHRM 15 januari 2009, *NJ* 2009, 524, met nt. E.J. Dommering (Reklos/Griekenland); EHRM 20 januari 2011, *EHRC* 2011, 53, met nt. G. den Hartogh (Haas/Zwitserland) en EHRM 26 mei 2011, *EHRC* 2011, 109, met nt. A.C. Hendriks (R.R./Polen).

98 Een minor interference is voldoende om een schending van artikel 8 EVRM aan te nemen, zie EHRM 16 juni 2005, *EHRC* 2005, 82, met nt. J. van der Velde (Storck/Duitsland).

99 EHRM 16 juni 2005, *EHRC* 2005, 82, met nt. J. van der Velde (Storck/Duitsland), rov. 143. Zie voor een bespreking ook hoofdstuk 6, par. 6.3.2.2.

100 EHRM 8 november 2011, *EHRC* 2012, 18, met nt. A.C. Hendriks.

om te kiezen voor een afbreking van de zwangerschap.¹⁰¹ Een dergelijke aantasting wordt zo ingrijpend geacht dat zij wordt aangemerkt als een aantasting in de persoon in de zin van artikel 6:106, eerste lid, aanhef en onder b, BW en recht geeft op schadevergoeding, zonder dat geestelijk letsel vereist is.¹⁰²

De overwegingen van de Hoge Raad in het Baby Kelly-arrest op dit punt waren de volgende: ‘In onze rechtsorde is het recht van de moeder tot afbreking van haar zwangerschap immers binnen zekere grenzen erkend, welke grenzen in het onderhavige geval niet zouden zijn overschreden. Die erkenning berust op het fundamentele recht van de moeder tot zelfbeschikking. Wanneer aan de moeder de uitoefening van haar keuzerecht wordt onthouden door een fout van een verloskundige en zij daarmee, zoals in de onderhavige zaak, niet ervoor heeft kunnen kiezen de geboorte van een zwaar gehandicapt kind te voorkomen, wordt een ernstige inbreuk gemaakt op haar zelfbeschikkingsrecht (...). Een zo ingrijpende aantasting als in dit geding aan de orde van een zo fundamenteel recht moet worden aangemerkt als een aantasting in de persoon in de zin van art. 6:106 lid 1, aanhef en onder b, BW, zonder dat nodig is dat geestelijk letsel is vastgesteld.’¹⁰³

Eerder – in 2002 – werd in een ‘wrongful birth’-kwestie naar oud BW nog geoordeeld dat geestelijk wel vereist was. De Hoge Raad overwoog daartoe als volgt: ‘Het Hof heeft, uitgaande van de toepasselijkheid van het vóór 1 januari 1992 geldende recht, de grondslag voor vergoeding van immateriële schade gezocht in inbreuk op mensenrechten, (...) en vervolgens geoordeeld dat de keuze voor een toekomst zonder verdere zwangerschap(pen) en zonder de zorg voor nog meer kinderen “de wezenlijke inrichting van haar bestaan en dus haar persoonlijke levenssfeer betreft” en dat de aantasting van het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer van dien aard en ernst is dat, ook naar het vóór 1 januari 1992 geldende recht, verweerster recht kan doen gelden op vergoeding van immateriële schade. Met dit een en ander heeft het Hof blijk

101 HR 18 maart 2005, NJ 2006, 606, met nt. J.B.M. Vranken (Baby Kelly). Zie bijvoorbeeld ook EHRM 20 maart 2007, EHRC 2007, 70, met nt. H.L. Janssen (Tysiác/Polen), EHRM 16 december 2010, NJ 2011, 216, met nt. E.A. Alkema (A, B en C/Ierland) en EHRM 26 mei 2011, EHRC 2011, 109, met nt. A.C. Hendriks (R.R./Polen).

102 HR 18 maart 2005, NJ 2006, 606, met nt. J.B.M. Vranken (Baby Kelly). Zie hierover ook A.J. Akkermans, De ‘omkeringsregel’ bij het bewijs van causaal verband, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002, p. 103 en 109, T. Hartlief e.a., Medische aansprakelijkheid, Den Haag: Sdu Uitgevers 2009, p. 30; L.G.J. Hendrix en A.J. Akkermans, ‘Causaliteitsonzekerheid bij informed consent. Beschouwingen naar aanleiding van *Chester v. Afshar*’, *TvGr* 2007, nr. 7, p. 498-515 en W.H. van Boom, ‘Effectuerend handhaven in het privaatrecht’, *NJB* afl. 16/2007, p. 982-991.

103 HR 18 maart 2005, NJ 2006, 606, met nt. J.B.M. Vranken (Baby Kelly), rov. 4.8.

gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, doordat het heeft miskend dat naar het te dezen toepasselijke vóór 1 januari 1992 geldende recht in een geval als het onderhavige een vordering tot vergoeding van immateriële schade slechts voor toewijzing in aanmerking komt, indien sprake is van geestelijk letsel (vgl. HR 21 februari 1997, nr. 16197, *NJ* 1999, 145).¹⁰⁴

Of de Hoge Raad in een zelfde zaak onder het nieuwe BW anders zou hebben geoordeeld, is onduidelijk, maar lijkt aannemelijk. Doorslaggevende factoren voor een recht op schadevergoeding vanwege een persoonsaantasting zijn de aard van het geschonden belang, het feit dat het belang hoog op de agenda stond, de ernst van de schending, de wijze waarop het belang werd geschonden en de vraag of de schending op andere wijze kon worden gesanctioneerd.¹⁰⁵ Indien deze factoren worden bezien tegen zowel de achtergrond van een 'wrongful life'-kwestie als een 'wrongful birth'-kwestie, dan moet worden geconcludeerd, dat in beide gevallen sprake is van de schending van een nauw met de persoonlijkheid verbonden fundamenteel belang. De ernst van de schending en de wijze waarop is eveneens vergelijkbaar: in beide gevallen is sprake van een toerekenbare tekortkoming door een arts. Is het uitblijven van prenatale diagnostiek ernstiger dan het niet goed uitvoeren van een sterilisatie? Naar mijn mening niet. De gelijkenis is zo groot dat het zeer wel denkbaar is dat ook in het geval van een 'wrongful birth' zaak wordt geoordeeld dat er sprake is van een zodanig ingrijpende aantasting van het recht op zelfbeschikking, dat er een recht op vergoeding van immateriële schade bestaat.¹⁰⁶

Een voorbeeld van vergelijkbare aard betreft een zaak waarin een vrouw ten onrechte werd gesteriliseerd na de geboorte van haar kind. Het Gerechtshof 's-Gravenhage oordeelde dat zowel de vrouw als haar echtgenoot in de persoon was aangetast in de zin van artikel 6:106, eerste lid, aanhef en onder b, BW in verband met de ongewenste sterilisatie. Deze ten onrechte uitgevoerde sterilisatie bracht een ernstige inbreuk op het fundamentele recht tot zelfbeschikking van beide echtgenoten.¹⁰⁷

104 HR 9 augustus 2002, *NJ* 2010, 61, met nt. M.H. Wissink (Wrongful Birth II). Idem HR 21 februari 1997, *NJ* 1999, 145 (Wrongful Birth I).

105 S.D. Lindenbergh, Smartengeld 10 jaar later, Deventer: Kluwer 2008, p. 35 en S.D. Lindenbergh, 'Vermogensrechtelijke remedies bij schending van fundamentele rechten' in: G.E. van Maanen en S.D. Lindenbergh, EVRM en privaatrecht: is alles van waarde weerloos?, Preadviezen 2011 uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht, Deventer: Kluwer 2011, p. 89-100.

106 Zie ook de noot van C.J.H. Brunner bij HR 21 februari 1997, *NJ* 1999, 145 (Wrongful Birth I); A.J. Verheij, 'Wrongful Birth', *VR* 1998, 12, p. 353-356; A.J. Verheij, Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon (diss. VU Amsterdam), Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002, p. 508 en de noot van C.P.M. Buijssen bij HR 9 augustus 2002, *AVeS* 2003, 2.

107 Gerechtshof 's-Gravenhage 29 september 2009, *L&S* 2010, 10, met nt. Y.R.K. Waterman.

Zoals ook werd opgemerkt in hoofdstuk 6,¹⁰⁸ roept de rechtspraak op dit punt de vraag op of elke inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht door gebleken afwezigheid van geïnformeerde toestemming de conclusie toelaat dat de patiënt is aangetast in de persoon in de zin van artikel 6:106, eerste lid, aanhef en onder b, BW, of dat alleen een *ernstige* inbreuk tot een vergoeding van – wat ook ‘integriteitsschade’ wordt genoemd – mag leiden, zonder dat geestelijk letsel is vereist.¹⁰⁹ Rechtspraak die wijst in de richting van een vergoeding voor integriteitsschade zonder meer bestaat,¹¹⁰ maar ontmoet kritiek. In hoofdstuk 6 werd beschreven dat voor een recht op schadevergoeding beslissend zou zijn de aanwezigheid van (enig) lichamelijk letsel evenals een bepaalde mate van aannemelijkheid dat de patiënt, ware hij niet aangetast in zijn recht tot zelfbeschikking, een andere keuze had gemaakt.¹¹¹ In andere gevallen – geen andere keuze, geen lichamelijk (of geestelijk) letsel – ligt een aanspraak op een vergoeding niet voor de hand en lijkt de behoefte daaraan ook niet aannemelijk. Zelf meen ik desalniettemin dat er ruimte mag zijn voor het rechtshandhavende element dat van een sanctie op een inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht mag uitgaan en pleit ik in die zin voor ruime mogelijkheden om een schadevergoeding toe te kennen.¹¹²

108 Hoofdstuk 6, par. 6.3.2.2.

109 Naast HR 18 maart 2005, *NJ* 2006, 606, met nt. J.B.M. Vranken (Baby Kelly) en Gerechtshof 's-Gravenhage 29 september 2009, *L&S* 2010, 10, met nt. Y.R.K. Waterman ook HR 8 september 2000, *NJ* 2000, 743, met nt. A.R. Bloembergen (Baby Joost) en HR 9 juli 2004, *NJ* 2005, 391, met nt. J.B.M. Vranken. Zie hierover ook S.D. Lindenberg, *Smartengeld* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1998, p. 155-157; S.D. Lindenberg, *Smartengeld tien jaar later*, Deventer: Kluwer 2008, p. 35; A.J. Verheij, *Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon* (diss. VU Amsterdam), Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002, p. 40, 512-513; T. Hartlief, ‘Hollandse toestanden: de Hoge Raad over “wrongful life”’, *NTBR* 2005/6, p. 239; S.D. Lindenberg, ‘Vermogensrechtelijke remedies bij schending van fundamentele rechten’ in: G.E. van Maanen en S.D. Lindenberg, *EVRM en privaatrecht: is alles van waarde weerloos?*, Preadviezen 2011 uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht, Deventer: Kluwer 2011, p. 73-100 en T. Hartlief, ‘Smartengeld in Nederland anno 2012: tijd voor een steen in stilstaand water?’, *Smartengeldgids* 2012, Den Haag: ANWB 2012, p. 6-11.

110 Gerechtshof Amsterdam 19 februari 1998, *TvGr* 1998, nr. 48; Gerechtshof Arnhem 25 april 2006, *LJN* BM5194; Gerechtshof Arnhem 4 december 2007, *LJN* BM5197 en Rechtbank Utrecht 15 juni 2011, *TvGr* 2011, nr. 31.

111 Hoofdstuk 6, par. 6.3.2.2. Zie de annotatie van L.G.J. Hendrix in *JA* 2010, 97 bij HR 23 april 2010 evenals de annotatie van H. van Ommen in *L&S* 2010, 184 bij HR 23 april 2010 met bespreking van HR 18 maart 2005, *NJ* 2006, 606, met nt. J.B.M. Vranken (Baby Kelly); HR 8 september 2000, *NJ* 2000, 734, met nt. A.R. Bloembergen (Baby Joost) en Gerechtshof 's-Gravenhage 29 september 2009, *L&S* 2010, 10, met nt. Y.R.K. Waterman. Zie eveneens M.J.J. de Ridder, ‘Kroniek rechtspraak civiel recht’, *TvGr* 2011, nr. 8, p. 675-693.

112 Zie voor de rechtshandhavende functie ook S.D. Lindenberg, ‘Vermogensrechtelijke remedies bij schending van fundamentele rechten’ in: G.E. van Maanen en S.D. Lindenberg, *EVRM en privaatrecht: is alles van waarde weerloos?*, Preadviezen 2011 uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht, Deventer: Kluwer 2011, p. 95. Zie voor de invloed op de omvang van de schadevergoeding S.D. Lindenberg, ‘Vermogensrechtelijke remedies bij schending van fundamentele rechten’ in: G.E. van Maanen en S.D. Lindenberg, *EVRM en privaatrecht: is alles van waarde weerloos?*, Preadviezen 2011 uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht, Deventer: Kluwer 2011, p. 96-100.

De rechtspraak die in de richting wijst van een schadevergoeding voor aantasting van het zelfbeschikkingsrecht zonder meer, betreft ten eerste het Gerechtshof Amsterdam. Het hof oordeelde reeds in 1998 dat door het achterhouden van informatie de patiënt in zijn zelfbeschikkingsrecht en daardoor in zijn persoon was aangetast. Aan de patiënt kwam f 10.000 ter zake vergoeding van ander nadeel toe.¹¹³

Het andere voorbeeld betreft een arrest van het Gerechtshof Arnhem. De patiënt in kwestie was niet geïnformeerd over het risico op een beenlengteverschil bij een operatie. Het hof oordeelde dat toekenning van vergoeding voor geleden nadeel wegens een inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht passend was nu de patiënt niet in de gelegenheid was gesteld goed geïnformeerd een keuze te maken voor de medische ingreep.¹¹⁴ De Hoge Raad heeft in dezelfde zaak arrest gewezen, doch heeft zich niet uitgelaten over het oordeel van het hof op dit punt, nu het in cassatie geen geschil was.¹¹⁵ De concluderend PG in cassatie was overigens net als het hof van mening dat het enkele schenden van de informatieplicht een zodanige inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht oplevert dat dit een immateriële schadevergoeding rechtvaardigt en geestelijk letsel daarvoor niet nodig is.

Terzijde zij opgemerkt dat het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) in zijn uitspraken betreffende (schending van) het met artikel 8 EVRM gewaarborgde zelfbeschikkingsrecht zonder meer aansprakelijkheid voor de (ernstige) gevolgen aanneemt als blijkt dat de patiënt niet goed is geïnformeerd over een voorzienbaar risico en dat risico zich vervolgens heeft verwezenlijkt.¹¹⁶ Deze rechtspraak gaat aldus nog verder door de stap van het causaal verband – al dan niet ten onrechte – over te slaan.¹¹⁷

113 Gerechtshof Amsterdam 19 februari 1998, *TvGr* 1998, nr. 48. Zie in vergelijkbare zin Rechtbank Utrecht 15 juni 2011, *TvGr* 2011, nr. 31, waarin de rechtbank de zaak verwees naar de schadestaat voor het begroten van integriteitsschade wegens onvoldoende informatie.

114 Gerechtshof Arnhem 25 april 2006, *LJN* BM5194 en Gerechtshof Arnhem 4 december 2007, *LJN* BM5197.

115 HR 23 april 2010, *JA* 2010, 97, met nt. L.G.J. Hendrix. Zie ook noot H. van Ommen in *L&S* 2010, 184, bij HR 23 april 2010, *L&S* 2010, 183.

116 EHRM 5 oktober 2006, *EHRC* 2007, 23, met nt. AC. Hendriks (*Trocellier/Frankrijk*); EHRM 2 juni 2009, *EHRC* 2009, 96, met nt. E.H. Hulst (*Codarcea/Roemenië*); EHRM 18 december 2012, *EHRC* 2013, 78, met nt. J.M. Emaus (G.B. en R.B./Moldavië) en EHRM 15 januari 2013, *EHRC* 2013, 81, met nt. A.C. Hendriks (*Csoma/Roemenië*).

117 Zie ook A.C. Hendriks, 'Europeesrechtelijke ontwikkelingen rond medische aansprakelijkheid', *Jaarrede Vereniging voor Gezondheidsrecht* 2013, waarin hij opmerkt dat het EHRM de laatste jaren de koers vaart onmiddellijk aansprakelijkheid aan te nemen indien sprake is van schadelijke gevolgen van een behandeling waarmee de patiënt niet heeft ingestemd.

Tot slot wordt opgemerkt dat de hoogte van de vergoeding van ander nadeel als ('alarme-
rend') laag wordt beschouwd.¹¹⁸ Dit geldt voor het civiele aansprakelijkheidsrecht in het
algemeen en dus ook voor de aansprakelijkheid in medische zaken. De hoogte van de
vergoeding evenals de vaststelling van het bedrag zijn reden geweest voor initiatieven in
het veld.¹¹⁹ De resultaten hiervan worden nog verwacht. Voorts wordt in de literatuur
gepleit voor een meer sturend optreden van de Hoge Raad door bijvoorbeeld aan te geven
dat de feitenrechter zich rekenschap dient te geven van maatschappelijke ontwikkelingen
en door toe te zien op de motivering van de feitenrechter.¹²⁰

7.3 SCHADE VAN BIJ DE PATIËNT BETROKKEN PERSONEN

7.3.0 *Opmerkingen vooraf*

In deze paragraaf worden enkele inventariserende opmerkingen gewijd aan de schade die
bij de patiënt betrokken personen kunnen lijden (par. 7.3.1). Daarna komt de vermogens-
schade die gezinsleden, vrienden en nabestaanden kunnen lijden aan de orde (par. 7.3.2).
Daarbij wordt volstaan met een globale uiteenzetting, omdat dit onderwerp niet specifiek
is voor aansprakelijkheid in medische zaken, maar er desalniettemin voor is gekozen het
onderwerp niet buiten beschouwing te laten om een compleet beeld te geven. Ook wordt
ingegaan op de schade van de partner en het kind van de patiënt in geval het zelfbeschik-
kingsrecht van de vrouwelijke patiënt tot zelfbeschikking is aangetast. Voorts wordt de
(on)mogelijkheid van vergoeding van affectieschade en shockschade geanalyseerd (par. 7.3.3
en 7.3.4), alsmede het recht op vergoeding van ander nadeel van de partner en het kind
bij aantasting van het zelfbeschikkingsrecht van de vrouwelijke patiënt (par. 7.3.5). Daarna
komt de schade van de werkgever en de schade van uitkerende instanties (uitvoerders van
een ziektekostenverzekering of een sociale verzekering) aan de orde en wordt besproken
in hoeverre deze regresnemers recht hebben op vergoeding van hun schade (par. 7.3.6).
Opnieuw wordt – om de hiervoor genoemde reden – volstaan met een globale uiteenzetting.

118 S.D. Lindenbergh, *Smartengeld tien jaar later*, Deventer: Kluwer 2008, p. 75-78, L.T. Visscher, 'De omvang
van het smartengeld vanuit rechts- en gezondheidseconomisch perspectief', *AVeS* 2008, nr. 5, p. 247-254
en T. Hartlief, 'Smartengeld in Nederland anno 2012: tijd voor een steen in stilstaand water?', *Smartengeldgids*
2012, Den Haag: ANWB 2012, p. 6-11.

119 Initiatief van het Personenschade Instituut van verzekeraars (PIV) en de beroepsvereniging van personen-
schadeadvocaten (ASP), zie T. Hartlief, 'Smartengeld in Nederland anno 2012: tijd voor een steen in stilstaand
water?', *Smartengeldgids* 2012, Den Haag: ANWB 2012, p. 6-11 en PIV-Jaarverslag 2011, Den Haag 2012,
hoofdstuk 2.

120 N. Frenk en C. van Dam, 'Stagnerende smartengeldbedragen', *NJB* (portal) 2012/2299.

7.3.1 *Een inventarisatie van schadelijdende betrokken personen*¹²¹

Overkomt de patiënt een incident, dan is hij doorgaans niet de enige die schade lijdt. Op het moment dat een patiënt ziek blijft of zieker wordt, is het aannemelijk dat zijn gezin een periode van verdriet en onrust beleeft. Bovendien vereisen de afwezigheid van de patiënt wegens een (langere) ziekenhuisopname of diens behoefte aan voortdurende zorg de nodige flexibiliteit en aanpassingsvermogen. Het maken van reiskosten, het voorschieten van apothekerskosten, het overnemen van huishoudelijke taken, het verzorgen van de kinderen enzovoorts, betekent schade voor het gezin of andere naasten, zoals burens en vrienden. In geval van overlijden van de patiënt zullen het gezin of andere nabestaanden schade ondervinden wegens het wegvallen van een bron van inkomen of wegens het wegvallen van de helpende hand bij het vervullen van huishoudelijke taken of de opvoeding van de kinderen. En wat te denken van hun verdriet?

De hiervoor genoemde direct betrokkenen en nabestaanden zijn (doorgaans) geen partij bij de geneeskundige behandelingsovereenkomst en kunnen aan de behandelingsovereenkomst dan ook geen recht op schadevergoeding onttelen.¹²² Wel hebben zij een wettelijk geregeld – artikel 6:107 en 6:108 BW – beperkt recht op schadevergoeding indien een hulpverlener of producent ten opzichte van de patiënt een norm heeft geschonden respectievelijk een gebrekkig product in het verkeer heeft gebracht.¹²³ Is de hulpverlener of de producent niet aansprakelijk tegenover de patiënt, dan hebben ook de direct betrokkenen of nabestaanden geen recht op vergoeding van door hen ten behoeve van de patiënt gemaakte kosten of van gederfd levensonderhoud.

Terzijde wordt opgemerkt dat deze betrokkenen, net als de patiënt zelf, ook geen recht op vergoeding van schade hebben, indien de patiënt het tuchtrecht, of het klachtrecht als middel aangrijpt. Wordt een strafrechtelijke actie ondernomen, dan hebben derden recht op een vergoeding van schade als de direct betrokkene als rechtstreeks benadeelde moet worden beschouwd.¹²⁴ Voor erfgenamen is dit uitdrukkelijk bepaald in artikel 51f, tweede lid, Sv.

¹²¹ Zie voor een bespreking van het begrip ‘derden’ als zijnde de persoon die schade lijdt doordat een ander is gekwetst ook R. Rijnhout, *Schadevergoeding voor derden in personenschadezaken* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012, p. 33-34.

¹²² Zie hoofdstuk 3, par. 3.2.2 waarin wordt opgemerkt dat wettelijk vertegenwoordigers geen partij worden en zie hoofdstuk 4, par. 4.3.1.3 waarin wordt opgemerkt dat de partner en het kind van de patiënte geen contractspartij worden. Zie voorts hoofdstuk 4, par. 4.3.1.3 voor de (on)mogelijkheid om verhaal van, van het letsel van de patiënt afgeleide, schade te baseren op onrechtmatige daad.

¹²³ Zie ook over artikel 6:107 BW en 6:108 BW het Themanummer TVP 2006, nr. 4 met bijdragen van T. Hartlief en S.D. Lindenbergh. Zie voorts R. Rijnhout, *Schadevergoeding voor derden in personenschadezaken* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012, p. 1-11.

¹²⁴ HR 7 december 1993, NJ 1994, 244, met nt. Th.W. van Veen en HR 10 juni 1997, NJ 1998, 54.

In het specifieke geval van schade door het uitbreiden van het gezin met een ongepland kind (*wrongful birth* en *wrongful life*), is er naast vorenbedoelde groep van direct betrokkenen, nog een andere schadelijder, namelijk de partner van de patiënte. Uniek is bovendien de schade van het kind dat met een handicap wordt geboren, terwijl het zonder tekortkoming van de hulpverlener niet zou zijn geboren (*wrongful life*).

Een andere groep van schadelijdende personen in de omgeving van de patiënt betreft de regresnemers. De patiënt krijgt in geval van ziekte op grond van de wet de eerste twee jaar van zijn loon doorbetaald en veelal zal hij aanspraak kunnen maken op zijn zorgverzekering voor het vergoeden van zijn ziektekosten. Bovendien zal de patiënt bij langdurige arbeidsongeschiktheid soms aanspraak kunnen maken op een uitkering uit een sociale verzekering, zoals de Ziektewet (ZW)¹²⁵ en de Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen (WIA).¹²⁶ De werkgever van de patiënt zal voor het doorbetaalde loon regres nemen op de hulpverlener of de producent. Ook uitvoeringsinstanties, zoals de zorgverzekeraar en het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen (UWV), zullen voor de doorbetaalde kosten en verstrekte uitkeringen verhaal halen op de hulpverlener of de producent.

7.3.2 *Vermogensschade van direct betrokkenen en nabestaanden*

7.3.2.1 **Vermogensschade van direct betrokkenen bij letsel van de patiënt**

Wanneer de patiënt geconfronteerd wordt met gezondheidsschade zullen direct betrokkenen ook schade lijden. Ten eerste kan worden gedacht aan *kosten* die door een direct betrokkene worden voorgesloten, zoals kosten voor geneeskundige behandeling, kosten van thuisbezorging van eten, medicijnkosten, kosten van vervoer naar een arts of het ziekenhuis en dergelijke. Voorgesloten kosten zijn daadwerkelijk gemaakte kosten, die op concrete wijze kunnen worden bepaald. Voorts kan worden gedacht aan *geboden hulp*, bijvoorbeeld het schoonhouden van het huis, het doen van boodschappen en lichamelijke verzorging. Het betreft werkzaamheden waarmee kosten worden uitgespaard, totdat hiervoor andere (betaalde) hulp wordt geboden of de patiënt de taken zelf weer op zich kan nemen. Ten derde kan worden gedacht aan het verlies van vakantiedagen die zijn opgenomen ten behoeve van het bezoek aan de patiënt of ten behoeve van het vervoeren van de patiënt naar het ziekenhuis en dergelijke.

Welke van de schadeposten voor vergoeding in aanmerking komt, is geregeld in artikel 6:107, eerste lid, BW. Het artikel bepaalt dat, indien iemand ten gevolge van een gebeurtenis waarvoor een ander aansprakelijk is, lichamelijk of geestelijk letsel oploopt, die ander

¹²⁵ Wet van 5 juni 1913, Stb. onbekend.

¹²⁶ Wet van 10 november 2005, Stb. 2005, 572.

behalve tot vergoeding van de schade van de gekwetste zelf, ook verplicht is tot vergoeding van de kosten die een derde, anders dan krachtens een verzekering, ten behoeve van de gekwetste heeft gemaakt en die deze laatste, zo hij ze zelf zou hebben gemaakt, van die ander had kunnen vorderen. Het voordeel van de bepaling voor direct betrokkenen is dat zij het aanbieden van hulp niet hoeven af te laten hangen van de vraag of de patiënt de kosten wel zal terugbetalen.¹²⁷ Of dit in het voordeel van de patiënt is, kan worden betwijfeld zeker als het gaat om toekomstschade; de patiënt is immers niet verzekerd van de door de derde geboden hulp, terwijl deze wel reeds de vergoeding kan hebben ontvangen.¹²⁸ In de praktijk wordt de vergoeding dan ook doorgaans rechtstreeks aan de patiënt betaald.

Uit de tekst van artikel 6:107 BW blijkt dat het schadevergoedingsrecht van de bij de gekwetste patiënt betrokken perso(o)n(en) sterk is verbonden met het recht van de patiënt op vergoeding van geleden schade. Vergoeding ingevolge artikel 6:107 BW is immers beperkt tot *ten behoeve van* de patiënt gemaakte kosten. Bovendien is de vergoeding aan de direct betrokkene naar haar aard en omvang beperkt tot de kosten ter zake waarvan de patiënt – zo deze ze zelf zou hebben gemaakt – jegens de aansprakelijke hulpverlener een recht op vergoeding zou hebben gehad. Vergoeding van kosten van direct betrokkenen, anders dan krachtens verzekering gemaakt, wordt dus redelijk geacht wanneer het daarbij gaat om een *verplaatsing* van de schade die de aansprakelijkheid in haar totaliteit niet verhoogt.¹²⁹ In het verlengde daarvan ligt artikel 6:107, tweede lid, BW: de betrokkene moet alle verweren tegen zich laten gelden die ook aan de patiënt kunnen worden tegengeworpen.¹³⁰ Niet onder de reikwijdte van artikel 6:107 BW valt door de werkgever geleden schade. Op welke vergoeding de werkgever aanspraak kan maken, wordt geregeld in artikel 6:107a BW.¹³¹

Het bepaalde in artikel 6:107, eerste lid, BW brengt aldus met zich dat de voorgeschoten – concrete – kosten voor geneeskundige behandeling, vervoerskosten en dergelijke, aan de bij de patiënt betrokken persoon worden vergoed, een en ander voor zover ook de patiënt zelf recht op vergoeding van deze kosten zou hebben gehad.¹³² Dit zelfde kan niet

¹²⁷ Zie in algemene zin Parl. Gesch. InvW 6, p. 1282.

¹²⁸ Zie ook S.D. Lindenbergh, 'Verzorging en huishoudelijke hulp, onzichtbare schade op een lastig kruisvlak', *TVP* 2006, nr. 4, p. 105-110.

¹²⁹ Parl. Gesch. InvW 6, p. 1288. Zie ook S.D. Lindenbergh, 'Verzorging en huishoudelijke hulp, onzichtbare schade op een lastig kruisvlak', *TVP* 2006, nr. 4, p. 105-110.

¹³⁰ S.D. Lindenbergh, 'Verzorging en huishoudelijke hulp, onzichtbare schade op een lastig kruisvlak', *TVP* 2006, nr. 4, p. 105-110.

¹³¹ Zie par. 7.3.6.1.

¹³² Zie over vergoeding van kosten ten behoeve van de gekwetste ook R. Rijnhout, *Schadevergoeding voor derden in personenschadezaken* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012, p. 96-97.

worden gezegd van de geboden hulp: deze kosten zijn niet daadwerkelijk gemaakt. Ondanks dat de kosten niet daadwerkelijk worden gemaakt en concrete berekening uitgangspunt is, komen echter ook de werkzaamheden die *normaal gesproken en in gebruikelijke gevallen door een professionele kracht zouden zijn verricht* voor vergoeding in aanmerking.¹³³ In zo een geval mag – zowel vanwege praktische gronden als om redenen van billijkheid – worden geabstraheerd van het feit dat geen concrete kosten zijn gemaakt.¹³⁴ Geboden hulp die normaal gesproken en in gebruikelijke gevallen door een professionele kracht zou zijn geboden, komt bovendien niet alleen voor vergoeding in aanmerking wanneer de patiënt *ernstig* letsel heeft opgelopen. Ook letsel dat niet als ernstig is aan te merken, kan immers meebrengen dat de patiënt niet in staat is de desbetreffende werkzaamheden zelf te verrichten.

Zie voor een voorbeeld een zaak waarin in januari 1994 tijdens een bevolkingsonderzoek een knobbel in de linkerborst van een patiënt werd ontdekt en bij de patiënte vervolgens – naar achteraf bleek ten onrechte – een tumor en lymfeklieren werden verwijderd. De verzekeraar van het ziekenhuis erkende aansprakelijkheid voor de gevolgen van de medische fout. De Hoge Raad overwoog ten aanzien van de schade als volgt: ‘In de lijn van deze rechtspraak [HR 28 mei 1999, nr. C97/329, *NJ* 1999, 564 en HR 6 juni 2003, nr. C02/062, *NJ* 2003, 504] moet – met het Hof – worden aanvaard dat in geval van letselschade de kosten van huishoudelijke hulp door de aansprakelijke persoon aan de benadeelde moet worden vergoed indien deze ten gevolge van het letsel niet langer in staat is de desbetreffende werkzaamheden zelf te verrichten, voor zover het gaat om werkzaamheden waarvan het in de situatie waarin het slachtoffer verkeerd het normaal en gebruikelijk is dat zij wordt verricht door professionele, voor hun diensten gehonoreerde, hulpverleners. Dit is niet anders indien de werkzaamheden in feiten worden verricht door personen die daarvoor geen kosten in rekening (kunnen) brengen. (...) Evenmin bestaat grond de gelding van deze regel te beperken tot gevallen van ernstig letsel. Ook letsel dat niet als ernstig

133 Zie voor abstraheren HR 28 mei 1999, *NJ* 1999, 564, met nt. A.R. Bloembergen. Zie voor het gebruikelijkheidscriterium HR 6 juni 2003, *NJ* 2003, 504, met nt. J.B.M. Vranken en HR 5 december 2008, *NJ* 2009, 387, met nt. J.B.M. Vranken (Rijnstate/R.). Zie voor een bespreking van de arresten S.D. Lindenberg en I. van der Zalm, ‘Vergoeding ter zake van verzorging en huishoudelijke hulp bij letsel en overlijden’, *MvV* 2009, nr. 9, p. 146-151 evenals R. Rijnhout, ‘Kroniek AV&S Schadevergoedingsrecht’, *AV&S* 2012, nr. 4, p. 132-145. Zie voor kritiek op het gebruikelijkheidscriterium (de redelijkheid zou het criterium moeten zijn) T. Hartlief, ‘Keuzevrijheid in het personenschaderecht’, *NJB* afl. 35/2004, p. 1832-1839. Zie over vergoeding van inspanningen ook R. Rijnhout, *Schadevergoeding voor derden in personenschadezaken* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012, p. 101-111.

134 HR 28 mei 1999, *NJ* 1999, 564, met nt. A.R. Bloembergen.

is aan te merken kan immers meebrengen dat de benadeelde niet in staat is de desbetreffende werkzaamheden zelf te verrichten.¹³⁵

Anderzijds betekent het ‘gebruikelijkheidscriterium’ dat in die gevallen waarin de geboden hulp normaal gesproken en gebruikelijk niet door een professional zou zijn verricht, de werkzaamheden die de direct betrokkene ten behoeve van de patiënt heeft verricht, niet voor vergoeding in aanmerking komen. Zo zullen bijvoorbeeld de in verband met het bezoek aan de patiënt opgenomen vakantiedagen niet voor vergoeding in aanmerking komen: het is niet normaal en gebruikelijk dat professionele betaalde zorg- of hulpverleners worden ingeschakeld voor ziekenhuisbezoek en dergelijke.¹³⁶ Niet voor elke situatie is echter duidelijk of hulp door een professional ‘normaal en gebruikelijk’ is. In de praktijk blijkt het criterium dan ook nogal eens voor geschillen te zorgen.¹³⁷ Het criterium brengt voorts met zich dat de rechter bij de wijze van begroten van de verplaatste schade geen hogere vergoeding ter zake van verpleging en verzorging mag toewijzen dan het geschatte bedrag van de bespaarde kosten van professionele hulp.¹³⁸ Ook dit blijkt in de praktijk niet altijd even duidelijk te zijn: wat wordt aan een professional betaald?¹³⁹

Voor zover de direct betrokkene met schade wordt geconfronteerd die het gevolg is van de gezondheidsschade van de patiënt, maar niettemin niet voor vergoeding in aanmerking komt (bijvoorbeeld omdat niet is voldaan aan het gebruikelijkheidscriterium of verdriet om de patiënt betreft), zal de direct betrokkene deze schade zelf moeten dragen. Deze – voor direct betrokkene – negatieve consequentie is het gevolg van het gesloten systeem van schadevergoeding, zoals neergelegd in Boek 6, titel 1, afdeling 10, BW. Het systeem staat aan vergoeding van door direct betrokkenen in verband met de gezondheidsschade van de patiënt geleden schade in de weg voor zover het geen verplaatste schade betreft, zelfs wanneer tevens rechtstreeks onrechtmatig jegens de direct betrokkene is gehandeld.¹⁴⁰

135 HR 5 december 2008, *NJ* 2009, 387, met nt. J.B.M. Vranken (Rijnstate/R.).

136 HR 28 mei 1999, *NJ* 1999, 564, met nt. A.R. Bloembergen.

137 Zie voor deze vragen ook S.D. Lindenbergh, ‘Verzorging en huishoudelijke hulp, onzichtbare schade op een lastig kruisvlak’, *TVP* 2006, nr. 4, p. 105-110. Zie voor een voorbeeld van een medische zaak waarin geboden thuiszorg door familie niet voor vergoeding in aanmerking kwam Rechtbank Utrecht 6 oktober 2010, *L&S* 2011, 20, met nt. I. Laseur. Zie voor een voorbeeld van een medische zaak waarin 24-uurs verzorging door familie wel voor vergoeding in aanmerking kwam Rechtbank Utrecht 9 februari 2011, *L/N* BP5568. Zie voor een bespreking van deze twee uitspraken ook R. Rijnhout, ‘Kroniek AV&S Schadevergoedingsrecht’, *AV&S* 2012, nr. 4, p. 132-145.

138 HR 28 mei 1999, *NJ* 1999, 564, met nt. A.R. Bloembergen.

139 Zie voor deze vragen ook S.D. Lindenbergh, ‘Verzorging en huishoudelijke hulp, onzichtbare schade op een lastig kruisvlak’, *TVP* 2006, nr. 4, p. 105-110.

140 Zie HR 12 december 1986, *NJ* 1987, 958, met nt. C.J.H. Brunner. Het systeem en de gedachte erachter is benadrukt in HR 22 februari 2002, *NJ* 2002, 240, met nt. J.B.M. Vranken. Zie voorts S.D. Lindenbergh, Smartengeld (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1998, p. 180-184 en T. Hartlief, ‘Wie heeft er recht op vergoeding

Opgemerkt wordt dus dat waar het in medische kwesties wel eens de vraag is of de jegens de patiënt geschonden norm ook strekt tot bescherming van de direct betrokkene, beantwoording van die vraag zonder betekenis is als het gaat om schade van een direct betrokkene die het gevolg is van de gezondheidsschade van de patiënt: aan de relativiteitsvraag wordt niet (eens) toegekomen.¹⁴¹ Voor ‘eigen’ schade, zoals de schade van de partner die het gevolg is van het doorkruisen van het recht om met de vrouw te kiezen voor een niet nadere uitbreiding van het gezin, geldt de beperking van artikel 6:107 BW niet.¹⁴² Wel zal uiteraard een onrechtmatig handelen moeten worden aangetoond en de vereiste relativiteit. Op de schade van de partner wordt hierna nader ingegaan.¹⁴³

7.3.2.2 Vermogensschade van nabestaanden bij overlijden van de patiënt

In het geval de patiënt is komen te overlijden, krijgen diens nabestaanden te maken met het regime van artikel 6:108 BW dat een andere invalshoek kent dan het vergoedingsregime van artikel 6:107 BW.¹⁴⁴ Ten eerste kent artikel 6:108, eerste lid, BW slechts aan met name genoemde personen een recht op schadevergoeding toe.¹⁴⁵ Zo worden genoemd de echtgeno(o)t(e), geregistreerde partner en minderjarige kinderen (erkende en niet-erkende) en adoptief kinderen (onder a),¹⁴⁶ andere bloed- en aanverwanten, die reeds door de patiënt werden onderhouden of op dat onderhoud aanspraak hadden, zoals ouders, grootouders,

van personenschade? Enkele opmerkingen over afbakening van de kring van gerechtigden in het aansprake-
lijkheids- en schadevergoedingsrecht’, *TVP* 2006, nr. 4, p. 98-104.

141 S.D. Lindenbergh, *Smartengeld* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1998, p. 181 en 183 (de relativiteit is wettelijk gefixeerd op de in artikel 6:107 en 6:108 BW genoemde personen en schade-soorten). Zie hierover ook hoofdstuk 3, par. 3.2.2 en hoofdstuk 4, par. 4.3.1.3.

142 In HR 18 maart 2006, *NJ* 200, 606, met nt. J.B.M. Vranken maakt de Hoge Raad dus een fout waar hij overwoog dat de vader – naast de schade die het gevolg was van het doorkruisen van het zelfbeschikkingsrecht – recht zou hebben op vergoeding van geestelijk letsel door de problematiek die een ernstig gehandicapt kind met zich brengt. Dit is immers schade die is terug te voeren op het letsel van het kind en daarvoor geldt het gesloten stelsel. Zie ook T. Hartlief, ‘Hollandse toestanden: de Hoge Raad over “wrongful life”’, *NTBR* 2005/6, p. 232-248 en R.J.P. Kottenhagen, ‘En vader dan? De civielrechtelijke positie van de vader in situaties van zwangerschaps- en geboorteschade’, *NTBR* 2008/2, p. 2-16.

143 Zie par. 7.3.2.3.

144 Zie over artikel 6:108 BW ook R. Rijnhout, *Schadevergoeding voor derden in personenschadezaken* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012, p. 148-150 en 161-164.

145 Zie ook R. Rijnhout, *Schadevergoeding voor derden in personenschadezaken* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012, p. 161-164 en S.D. Lindenbergh en I. van der Zalm, ‘Abstractie bij overlijdensschade’, *MvV* 2008, nr. 10, p. 235-239, alsmede (kritisch) I. van der Zalm, ‘Schadevergoeding bij overlijden: een stoel die een soort tafeltje is’, in: W.H. van Boom, J.H. van Dam-Lely en S.D. Lindenbergh, *Rake remedies*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 47-67.

146 Een ongeboren kind valt eveneens onder deze categorie van vorderingsgerechtigden, zulks op grond van artikel 1:2 BW. Om vorderingsgerechtigd te zijn, is niet vereist dat de overledene ten tijde van het overlijden reeds in het levensonderhoud van deze categorie van nabestaanden voorzag: Parl. Gesch. Boek 6, p. 397. Zie over het derven van levensonderhoud ook R. Rijnhout, *Schadevergoeding voor derden in personenschadezaken* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012, p. 164-170.

broers, zussen, stiefkinderen,¹⁴⁷ schoonkinderen en meerderjarige kinderen (onder b),¹⁴⁸ en andere gezinsleden die door de patiënt werden onderhouden, zoals de partner met wie de patiënt niet gehuwd of geregistreerd was (onder c).¹⁴⁹ Artikel 6:108, eerste lid, onder d, BW tot slot geeft degene die met de overledene in gezinsverband samenwoonde en in wiens levensonderhoud de overledene bijdroeg door het doen van de gemeenschappelijke huishouding een vorderingsrecht.¹⁵⁰

Ten tweede bestaat alleen een recht op schadevergoeding, indien de nabestaande levensonderhoud derft als gevolg van het overlijden van de patiënt of kosten heeft gemaakt ten behoeve van lijkbezorging.¹⁵¹ Uitgangspunt is dat de aansprakelijke hulpverlener (of producent) de nabestaanden van de patiënt in staat moet stellen te leven, zoals zij dat voor het overlijden deden in overeenstemming met de stand waarin zij gewend waren te leven en in overeenstemming met de maatschappelijke kring waartoe zij behoorden.¹⁵² Is er echter geen sprake van '*behoefte*' gerelateerd aan de specifieke situatie van de huishouding waarvan de overledene en de nabestaande deel uitmaakten,¹⁵³ dan kunnen de nabestaanden van de patiënt aan artikel 6:108, eerste lid, BW geen vordering ontfangen.¹⁵⁴ Dit is niet anders indien er een zelfstandige onrechtmatige daad jegens de nabestaande zou zijn gepleegd. Net als hiervoor werd opgemerkt in het kader van artikel 6:107 BW, verzet het systeem van schadevergoeding zich tegen een vergoeding van schade die daarbuiten

147 HR 29 april 1994, *NJ* 1995, 609, met nt. C.J.H. Brunner.

148 In tegenstelling tot de onder a genoemde personen geldt hier de eis van de *feitelijke* financiële verstrekking: Parl. Gesch. Boek 6, p. 398. Zie voorts Parl. Gesch. Boek 6, p. 400 en 403.

149 Zie voor de vereisten HR 16 december 2005, *NJ* 2008, 186, met nt. J.B.M. Vranken.

150 Niet vereist is dat de overledene de gehele zorg voor de huishouding had, zie HR 16 december 2005, *NJ* 2008, 186, met nt. J.B.M. Vranken.

151 Zie ook S.D. Lindenbergh en I. van der Zalm, 'Abstractie bij overlijdensschade', *MvV* 2008, nr. 10, p. 235-239.

152 Zie J.M. Barendrecht, e.a., *Berekening van Schadevergoeding*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 228 en 229. Zie ook S.D. Lindenbergh en I. van der Zalm, 'Abstractie bij overlijdensschade', *MvV* 2008, nr. 10, p. 235-239.

153 HR 10 april 2009, *NJ* 2009, 386, met nt. J.B.M. Vranken en HR 12 juni 2009, *JA* 2009, 155, met nt. R.M.J.T. van Dort. Zie voor de uitwerking Rechtbank Breda 11 augustus 2010, *NP* 2010, 34. Zie voor een bespreking S.D. Lindenbergh en I. van der Zalm, 'Vergoeding ter zake van verzorging en huishoudelijke hulp bij letsel en overlijden', *MvV* 2009, nr. 9, p. 146-151. Zie voor kritiek I. van der Zalm, 'Schadevergoeding bij overlijden: een stoel die een soort tafeltje is' in: W.H. van Boom, J.H. van Dam-Lely en S.D. Lindenbergh, *Rake remedies*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 47-67.

154 HR 16 december 2005, *NJ* 2008, 186, met nt. J.B.M. Vranken. Zie voor kritiek I. van der Zalm, 'Schadevergoeding bij overlijden: een stoel die een soort tafeltje is', in: W.H. van Boom, J.H. van Dam-Lely en S.D. Lindenbergh, *Rake remedies*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 47-67. Zie voor het vereiste van behoefte voor de nabestaanden van artikel 6:108, eerste lid, onder d: HR 11 juli 2008, *NJ* 2009, 385, met nt. J.B.M. Vranken en *TVP* 2008, nr. 4, met nt. R.P. Wijne. Zie voorts HR 12 juni 2009, *JA* 2009, 155, met nt. R.M.J.T. van Dort.

valt.¹⁵⁵ Voorts bepaalt ook artikel 6:108, derde lid, BW net als artikel 6:107, tweede lid, BW dat de aansprakelijke persoon verweermiddelen die hij jegens de overledene zelf zou hebben gehad ook aan de nabestaande kan tegenwerpen.

Onder 'behoefte' wordt verstaan het ontbreken van (voldoende) middelen om in de behoefte te kunnen voorzien. Dit is een essentieel element van de berekening van de omvang van overlijdensschade, waaruit haar alimentatierechtelijk karakter blijkt.¹⁵⁶ De schadevergoedingsplicht bestaat dan ook alleen over de periode dat de nabestaanden levensonderhoud derven. Zij eindigt op het moment dat de patiënt hoe dan ook zou zijn overleden,¹⁵⁷ wanneer de nabestaande overlijdt en/of indien de patiënt ook zonder het incident om een andere reden zou stoppen met het verschaffen van levensonderhoud.¹⁵⁸

Het *verschaffen van levensonderhoud* kan bestaan uit een door de overledene aan de nabestaande verschaft financiële bijdrage en/of uit een bijdrage in het doen van de gemeenschappelijke huishouding en/of verzorging van de kinderen.¹⁵⁹ Voor een vorderingsrecht te dier zake is niet doorslaggevend of de nabestaande daadwerkelijk kosten heeft gemaakt voor het laten uitvoeren van de huishoudelijke taken en/of de verzorging van de kinderen en mag van de feitelijke situatie worden geabstraheerd: de kosten behoren op de nabestaande, noch op een nieuwe partner te worden afgewenteld.¹⁶⁰ Wel zal – evenals dat

¹⁵⁵ Zie HR 12 december 1986, *NJ* 1987, 958, met nt. C.J.H. Brunner. Het systeem en de gedachte erachter is benadrukt in HR 22 februari 2002, *NJ* 2002, 240, met nt. J.B.M. Vranken. Zie voorts S.D. Lindenberg, *Smartengeld* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1998, p. 181 en 183 (de relativiteit is wettelijk gefixeerd op de in artikel 6:107 en 6:108 BW genoemde personen en schade-soorten) en T. Hartlief, 'Wie heeft er recht op vergoeding van personenschade? Enkele opmerkingen over afbakening van de kring van gerechtigden in het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht', *TVP* 2006, nr. 4, p. 98-104.

¹⁵⁶ Uitdrukkelijk in HR 1 januari 2010, *LJN* BM7808, rov. 3.5.2. Zie ook HR 19 juni 1970, *NJ* 1970, 380; HR 21 februari 1992, *NJ* 1992, 339; HR 4 februari 2000, *NJ* 2000, 600, met nt. M.M. Mendel; Rechtbank Rotterdam 30 juni 2010, *LJN* BN4218 en Rechtbank 's-Hertogenbosch 28 september 2011, *LJN* BT2741. Zie anders: Gerechtshof Amsterdam 3 februari 2000, *VR* 2000, 86, Gerechtshof 's-Gravenhage 2 april 1987, *NJ* 1988, 495 en Rechtbank Amsterdam 19 augustus 2009, *VR* 2010, 11. Zie onder meer kritisch ten aanzien van volledig verrekenen: I. van der Zalm, 'Schadevergoeding bij overlijden: een stoel die een soort tafeltje is', in: W.H. van Boom, J.H. van Dam-Lely en S.D. Lindenberg, *Rake remedies*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 47-67.

¹⁵⁷ Zie voor verdiscontering in de berekening bijvoorbeeld Rechtbank 's-Hertogenbosch 28 september 2011, *LJN* BT2741.

¹⁵⁸ Zie bijvoorbeeld Rechtbank 's-Hertogenbosch 28 september 2011, *LJN* BT2741. Zie ook G.C. Endedijk, *Handboek Personenschade* (losbl.), p. 3050-51. Zie bij hertrouwen: HR 29 april 1994, *NJ* 1995, 609, met nt. C.J.H. Brunner. Zie bij samenwonen: HR 13 december 1985, *NJ* 1986, 246, met nt. W.C.L. van der Grinten. Zie bij adoptie kind: HR 4 november 1983, *NJ* 1984, 786, met nt. E.A.A. Luijten.

¹⁵⁹ HR 5 juni 1981, *NJ* 1982, 221, met nt. C.J.H. Brunner; HR 28 februari 1986, *NJ* 1987, 100; HR 16 december 2005, *NJ* 2008, 186, met nt. J.B.M. Vranken en HR 10 april 2009, *NJ* 2009, 386, met nt. J.B.M. Vranken.

¹⁶⁰ HR 5 juni 1981, *NJ* 1982, 221, met nt. C.J.H. Brunner; HR 28 februari 1986, *NJ* 1987, 100; HR 16 december 2005, *NJ* 2008, 186, met nt. J.B.M. Vranken; HR 11 juli 2008, *NJ* 2009, 385, met nt. J.B.M. Vranken en *TVP*

bij letselschade het geval is – de ingeschakelde hulp normaal en gebruikelijk moeten zijn, wil deze voor vergoeding in aanmerking komen.¹⁶¹ De omvang van de schadevergoedingsplicht dient te worden bepaald door de bijdrage die de patiënt in het levensonderhoud van de nabestaanden zou hebben geleverd – met verdiscontering van wijzigingen die op het moment van het overlijden redelijkerwijs waren te verwachten¹⁶² – te vergelijken met de positie waarin de nabestaanden door dat overlijden daadwerkelijk zijn komen te verkeren. Die werkelijke situatie kan worden beïnvloed door – door de nabestaanden te maken – noodzakelijke keuzes met financiële gevolgen,¹⁶³ evenals door gunstige financiële omstandigheden, zoals het vrijvallen van een levensverzekering.¹⁶⁴ Voor de categorie ‘a’ nabestaanden geldt daarenboven dat zij recht hebben op vergoeding van schade die zij lijden door het derven van levensonderhoud, tot ten minste het bedrag van het hun krachtens de wet verschuldigde levensonderhoud.¹⁶⁵ Dit minimum geldt uitdrukkelijk niet voor andere nabestaanden. Anderzijds geldt dat de eisen die aan de categorie ‘c’ nabestaanden worden gesteld niet de strekking hebben de omvang van de schadevergoedingsplicht verder te beperken dan de aanhef van artikel 6:108, eerste lid, BW reeds doet.¹⁶⁶

De kosten van lijkbezorging worden ingevolge artikel 6:108, tweede lid, BW vergoed aan die degene die deze kosten heeft betaald. De kosten komen voor vergoeding in aanmerking, voor zover zij in overeenstemming zijn met de omstandigheden van de overledene. Het moet gaan om in redelijkheid gemaakte kosten. De grenzen van hetgeen voor vergoeding in aanmerking komt, zijn nog niet duidelijk afgebakend, maar worden beoordeeld al naar gelang de specifieke casus.¹⁶⁷

2008, nr. 4, met nt. R.P. Wijne en HR 12 juni 2009, *JA* 2009, 155, met nt. R.M.J.T. van Dort. Zie voor een bespreking S.D. Lindenbergh en I. van der Zalm, ‘Vergoeding ter zake van verzorging en huishoudelijke hulp bij letsel en overlijden’, *MvV* 2009, nr. 9, p. 146-151. Zie ook S.D. Lindenbergh en I. van der Zalm, ‘Abstractie bij overlijdensschade’, *MvV* 2008, nr. 10, p. 235-239.

161 HR 11 juli 2008, *NJ* 2009, 385, met nt. J.B.M. Vranken en *TVP* 2008, nr. 4, met nt. R.P. Wijne. Zie ook S.D. Lindenbergh en I. van der Zalm, ‘Abstractie bij overlijdensschade’, *MvV* 2008, nr. 10, p. 235-239.

162 Parl. Gesch. Boek 6, p. 397 en HR 4 februari 2000, *NJ* 2000, 600, met nt. M.M. Mendel. Zie voor lagere rechtspraak bijvoorbeeld Rechtbank ’s-Hertogenbosch 28 september 2011, *LJN* BT2741.

163 HR 10 april 2009, *NJ* 2009, 386, met nt. J.B.M. Vranken.

164 HR 2 februari 2000, *NJ* 2000, 600, met nt. M.M. Mendel en HR 10 april 2009, *NJ* 2009, 386, met nt. J.B.M. Vranken. Vergelijk voorts HR 19 juni 1970, *NJ* 1970, 380.

165 Deze laatste zinsnede impliceert dat, indien de overledene de nabestaanden meer verstrekke dan het krachtens de wet verschuldigde, de nabestaanden recht hebben op dat meerdere. Is het echter minder, dan wordt desalniettemin de schadeplicht begroot op het wettelijk minimum, zie Parl. Gesch. Boek 6, p. 394 en 397.

166 HR 16 december 2005, *NJ* 2008, 186, met nt. J.B.M. Vranken.

167 Zie voor een voorbeeld Rechtbank ’s-Hertogenbosch 28 september 2011, *LJN* BT2741. Zie voorts R. Rijnhout, *Schadevergoeding voor derden in personenschadezaken* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012, p. 199-201; B. van Eijk, ‘Vergoeding van de kosten van lijkbezorging’, *TVP* 2001, nr. 4, p. 101-108; S.D. Lindenbergh en I. van der Zalm, ‘Abstractie bij overlijdensschade’, *MvV* 2008, nr. 10, p. 235-239, alsmede I. van der Zalm, ‘Schadevergoeding bij overlijden: een stoel die een soort tafeltje is’, in: W.H. van Boom, J.H. van Dam-Lely en S.D. Lindenbergh, *Rake remedies*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 47-67.

7.3.2.3 Vermogensschade van partner en kind bij wrongful birth en wrongful life

In geval van schade door een ongeplande gezinsuitbreiding als gevolg van een normschending door een hulpverlener of een gebrekkig product waarvoor op de producent een risicoaansprakelijkheid rust – *wrongful birth* of *wrongful life* situatie – is de vrouwelijke patiënt niet de enige die schade lijdt. Haar partner ziet zich eveneens geconfronteerd met een uitbreiding van zijn gezin met een ongepland kind of met een in beginsel gepland kind, doch wiens (ernstige) handicap bij wetenschap daaromtrent tot een afbreking van de zwangerschap had geleid.¹⁶⁸ In dat laatste geval lijdt ook het kind schade, doordat het beslissingsrecht van de moeder is doorkruist en het kind met een (ernstige) handicap moet opgroeien.¹⁶⁹

In hoofdstuk 4 is besproken dat een recht op schadevergoeding van de partner en/of het kind gelegen is in de jegens de partner en/of het kind gepleegde onrechtmatige daad.¹⁷⁰ Bovendien wordt opgemerkt dat, ook al zijn de partner en het kind (in verhouding tot de patiënte) als ‘derden’ aan te merken, hun schade niet bestaat uit schade die het gevolg is van de schade van de patiënte, maar eigen schade betreft. Om die reden dan ook staat het gesloten vergoedingssysteem – meer specifiek artikel 6:107 BW – niet aan vergoeding in de weg.

Door de tekortkoming van de hulpverlener jegens de patiënte – schending van de norm van artikel 7:453 BW –, is de patiënte aangetast in haar recht om te beslissen over uitbreiding van haar gezin. Bij deze beslissing zijn de belangen van de partner (meestal vader van het kind) ten nauwste betrokken. De tekortkoming van de hulpverlener zich ten opzichte van de patiënte als een goed hulpverlener te gedragen, is dan ook tevens onrechtmatig tegenover de partner van de patiënte.¹⁷¹ Voorts wordt aangenomen dat er onrechtmatig jegens het kind wordt gehandeld, indien de normschending tegenover de moeder tot gevolg heeft gehad dat zij in de onmogelijkheid is komen te verkeren om voor afbreking van de zwangerschap te kiezen, terwijl dit wenselijk was

168 Zie ook R.J.P. Kottenhagen, ‘En vader dan? De civielrechtelijke positie van de vader in situaties van zwangerschaps- en geboorteschade’, *NTBR* 2008/2, p. 2-16 en R.J.P. Kottenhagen, ‘Vergoeding van geboorteschade. Is het huidige op aansprakelijkheid gebaseerde systeem aan herziening toe?’, Research paper Rotterdam, te downloaden via <www.repub.eur.nl>.

169 Zie voor een bespreking van het taboe ‘schade’ als gevolg van gehandicapt ter wereld komen H.J. van Kooten en H.M. Wattendorff, ‘Het belang niet geboren te worden’, in: Hartkampvariaties, Deventer: Kluwer 2006, p. 41.

170 Zie hoofdstuk 4, par. 4.3.1.3.

171 HR 18 maart 2005, *NJ* 2006, 606, met nt. J.B.M. Vranken (Baby Kelly), rov. 4.2. Zie uitvoerig over het arrest op dit punt T. Hartlief, ‘Hollandse toestanden: de Hoge Raad over “wrongful life”’, *NTBR* 2005/6, p. 232-248 en H.J. van Kooten en H.M. Wattendorff, ‘Het belang om niet geboren te worden’, in: Hartkampvariaties, Deventer: Kluwer 2006, p. 43.

gelet op de ernstige afwijkingen van de foetus. Het kind heeft belang bij de beslissing van zijn moeder tot afbreking van de zwangerschap en dus belang bij het niet ter wereld komen.¹⁷²

De vermogensschade van de *partner* bestaat doorgaans uit kosten van verzorging en opvoeding en inkomensschade en is dus in die zin dezelfde als van de patiënte.¹⁷³ Evenals is bepaald ten aanzien van de kosten van verzorging en opvoeding die de patiënte maakt, komen deze kosten – voor zover ook door de partner gemaakt – voor vergoeding aan de partner in aanmerking.¹⁷⁴

Een voorbeeld van een zaak waarin de partner geconfronteerd werd met kosten van verzorging en opvoeding betreft een zaak die aan de Rechtbank Dordrecht werd voorgelegd.¹⁷⁵ De eiser in kwestie was de partner van een aan borstkanker overleden patiënte. Kort voor haar overlijden had zij een drieling op de wereld gezet, die na het overlijden van de patiënte door de partner alleen moest worden opgevoed (daarnaast had het echtpaar een wat ouder kind). De partner stelde schade te hebben geleden, omdat door de – aan de arts te verwijten – vertraging bij het stellen van de diagnose borstkanker aan de patiënte in kwestie en haar partner de mogelijkheid was ontnomen om in een relatief vroeg stadium van de zwangerschap van de drieling (vier weken) te kiezen voor afbreking daarvan. Hoewel de zwangerschap op zich gepland was, waren de door patiënte en haar partner gemaakte plannen voor gezinsuitbreiding gemaakt in een situatie waarin hun nog niet bekend was dat binnen afzienbare termijn borstkanker bij de patiënte zou worden ontdekt, aan de gevolgen waarvan zij in mei 2000 zou komen te overlijden. Bij de in november 1998 te maken keuze over het afbreken van de zwangerschap zouden naar alle waarschijnlijkheid niet alleen de medische aspecten een rol hebben gespeeld – de meest effectieve behandeling hield chemotherapie in en volgens de geraadpleegde deskundige zou de patiënte dan ook een abortus zijn geadviseerd –, maar ook het gegeven dat de partner na het binnen afzienbare termijn te verwachten overlijden van patiënte als weduwnaar de drieling alleen zou moeten verzorgen en opvoeden, met alle praktische en economische gevolgen van dien, aldus de partner. De Rechtbank Dordrecht heeft geen oordeel gegeven, omdat partijen ter zitting een (voorlo-

172 HR 18 maart 2005, *NJ* 2006, 606, met nt. J.B.M. Vranken (Baby Kelly), rov. 4.13. Zie uitvoerig over het arrest op dit punt T. Hartlief, 'Hollandse toestanden: de Hoge Raad over "wrongful life"', *NTBR* 2005/6, p. 232-248 H.J. van Kooten en H.M. Wattendorff, 'Het belang om niet geboren te worden', in: Hartkampvariaties, Deventer: Kluwer 2006, p. 44-45.

173 Zie par. 7.2.2.2.

174 HR 18 maart 2005, *NJ* 2006, 606, met nt. J.B.M. Vranken (Baby Kelly).

175 Rechtbank Dordrecht, nevenzittingsplaats Rotterdam, 24 februari 2010, *LJN* BL7560.

pige) schikking hebben bereikt over de berekening van de schade.¹⁷⁶ Gesteld echter dat de partner erin zou zijn geslaagd aan te tonen dat de patiënt en hij hadden gekozen voor een behandeling met chemotherapie en een afbreking van de zwangerschap, dan is de situatie de volgende. Nu de partner en de patiënte niet hebben kunnen kiezen voor een afbreking van de zwangerschap – er was geen tijdige wetenschap over de borstkanker en de gevolgen – wordt jegens de partner een onrechtmatige daad gepleegd; bij de beslissing het in leven houden van zijn vrouw en bij de beslissing tot afbreking van de zwangerschap zijn immers ook zijn belangen ten nauwste betrokken. Zijn schade bestaat uit de opvoed- en verzorgingskosten van de drieling die zonder fout niet zou zijn geboren. Bij de begroting van de schade van de man mag rekening worden gehouden met de kosten van verzorging en opvoeding van de kinderen tot en met het ééntwintigste levensjaar. Dit betreft zowel zijn deel (eigen schade wegens onrechtmatige daad jegens hem), alsook het deel dat voor rekening van de vrouw zou komen (overlijdensschade ex artikel 6:108, eerste lid, onder c en d, BW). De Rechtbank Dordrecht ging blijkens haar overwegingen voorlopig uit van de bijdrage van alleen de vrouw (en nam dus geen zelfstandig voorde- ringsrecht van de partner aan), maar naar mijn mening ten onrechte. De schadebegroting die de rechtbank kennelijk voor ogen had, ziet op de situatie waarin de kinderen hoe dan ook geboren zouden zijn.

Over de vraag of de inkomensschade van de partner voor vergoeding in aanmerking komt, indien hij in plaats van de moeder de zorg voor het kind op zich neemt, heeft de rechter zich nog niet uitgelaten. Mijns inziens zijn er echter geen (goede) redenen te bedenken om de schade van de zorgende vader anders te beoordelen dan de schade van de vrouw op dit punt.¹⁷⁷ Dit betekent dat, indien de partner van de patiënte *in redelijkheid* heeft kunnen besluiten om de zorg van het kind op zich te nemen in plaats van zijn tijd en energie aan een betaalde baan te besteden, zijn inkomensschade voor vergoeding in aanmerking komt. Voor ook de partner geldt dus dat al naar gelang de omstandigheden van het geval van hem mag worden verwacht te blijven werken (bijvoorbeeld als de partner een zodanig hoog inkomen heeft dat dit niet in verhouding staat tot uitgaven voor kinder-

176 De zaak is op de slaaprol geplaatst onder rolnr. 103193 (zaaknr. 365469) teneinde partijen in de gelegenheid te bieden met een berekening te komen.

177 Zie voor de vrouw HR 21 februari 1997, *NJ* 1999, 145, met nt. C.J.H. Brunner (Wrongful Birth I) en HR 9 augustus 2002, *NJ* 2010, 61, met nt. M.H. Wissink (Wrongful Birth II). Onderscheid naar geslacht als het vergoeding inzake letselschade betreft is overigens in strijd met artikel 7 van de Algemene Wet gelijke Behandeling, zie Commissie gelijke Behandeling, 'Onderscheid naar geslacht bij vaststelling van schade', september 2012.

opvang) of dat de vergoeding tot een bepaald bedrag (bijvoorbeeld de kosten van kinderopvang) beperkt blijft.¹⁷⁸

De vermogensschade van het *kind* beperkt zich tot de *wrongful life* situaties. In het geval het kind met ernstige afwijkingen geboren wordt, zal het voor de rest van zijn leven geconfronteerd worden met kosten voor levensonderhoud in welke kosten het kind niet kan voorzien door het genereren van inkomen. Evenmin kan het kind de dagelijkse taken verrichten. Het kind lijdt dus schade, waarmee het een andere positie inneemt dan zijn gezonde juridische lotgenootje (*wrongful birth* situatie). Dit laatste kind zal doorgaans wel in staat zijn inkomen te verwerven en in de behoeften van het leven te voorzien. Aan een vergoeding van schade staat niet in de weg dat de schade van het kind niet nauwkeurig kan worden bepaald, omdat zij vastgesteld moet worden aan de hand van een vergelijking met de situatie waarin het kind niet zou bestaan.¹⁷⁹ Ingevolge artikel 6:97 BW dient de rechter de schade te begroten op de wijze die het meest met de aard ervan in overeenstemming is.

Een en ander volgt uit het Baby Kelly-arrest. Het ziekenhuis en de verloskundige hadden in die zaak betoogd dat de namens het kind gevorderde schadevergoeding rechtens niet voor toewijzing in aanmerking kwam, omdat deze onmogelijk kon worden vastgesteld en rechtens niet toelaatbaar zou zijn, omdat het niet-bestaan van het kind niet op waarde zou kunnen en mogen worden geschat, althans omdat aan het bestaan niet een lagere waarde mocht worden toegekend dan aan het niet-bestaan. De Hoge Raad overwoog dat, hoewel het op zichzelf juist was dat de omvang van de schade van het kind niet nauwkeurig kon worden vastgesteld, de schade door de rechter ingevolge artikel 6:97 BW diende te worden begroot op de wijze die het meest met de aard ervan in overeenstemming is. De Hoge Raad voegde aan zijn overwegingen toe dat het kind tekortgedaan zou worden, indien het niet alleen door de fout een gehandicapt leven moest leiden, maar ook van elke schadevergoeding verstoken zou blijven op grond van een argument dat was gebaseerd op de situatie – het niet-bestaan – die zich zou hebben voorgedaan indien de moeder van haar keuzerecht gebruik had kunnen maken, maar die als gevolg van de gemaakte fout niet is ingetreden.¹⁸⁰

178 Zie hierover ook S.D. Lindenbergh, 'Schadevergoeding, een kwestie van techniek en moraal', in: Schade: vergoeden of beperken?, Lelystad: Koninklijke Vermande 2004, p. 7-15.

179 Zie voor gedachten op dit punt H.J. van Kooten en H.M. Wattendorff, 'Het belang niet geboren te worden', in: Hartkampvarianties, Deventer: Kluwer 2006, p. 50-51.

180 HR 18 maart 2005, NJ, met J.B.M. Vranken, (Baby Kelly) rov. 4.14 en 4.15.

De aard van de schade van het kind brengt met zich dat alle kosten voor opvoeding en verzorging van het kind en alle kosten ter bestrijding van de gevolgen van de handicap van het kind voor vergoeding in aanmerking komen.¹⁸¹ Dit geldt ook voor de kosten na het eenentwintigste levensjaar. Het is niet passend geacht alleen de ouders een vorderingsrecht ter zake de kosten van verzorging en opvoeding te geven, nu dit met zich zou brengen dat het kind dan ten volle afhankelijk is van het feit dat de ouders in staat en ter wille zijn de ontvangen bedragen voor de zorg van het kind aan te wenden. Voor zover evenwel de kosten reeds aan de ouders zijn voldaan, hoeven deze niet alsnog aan het kind te worden vergoed.¹⁸²

7.3.3 *Ander nadeel van direct betrokkenen en nabestaanden*

Direct betrokkenen en nabestaanden hebben naar huidig Nederlands recht geen recht op vergoeding van door het verdriet om de (gewonde of overleden) patiënt geleden ander nadeel dan vermogensschade, ook 'affectieschade' genoemd,¹⁸³ zelfs niet wanneer rechtstreeks jegens hen onrechtmatig zou zijn gehandeld; het gesloten systeem van schadevergoeding (artikel 6:107 BW en 6:108 BW) verzet zich hiertegen.¹⁸⁴ Evenmin volgt dit recht uit rechtspraak van het EHRM:¹⁸⁵ het is vooralsnog geen positieve verplichting van een Lidstaat om een recht op vergoeding van affectieschade in zijn wetgeving op te nemen.¹⁸⁶ Wel is bepaald dat wanneer een Lidstaat artikel 2 en/of artikel 3 EVRM schendt het nationale recht vergoeding van affectieschade mogelijk dient te maken.¹⁸⁷

181 HR 18 maart 2005, NJ 2006, 606, met J.B.M. Vranken, (Baby Kelly) rov. 4.20.

182 HR 18 maart 2005, NJ 2006, 606, met J.B.M. Vranken, (Baby Kelly) rov. 4.20. Zie voor een bespreking op dit punt ook T. Hartlief, 'Hollandse toestanden: de Hoge Raad over "wrongful life"', *NTBR* 2005/6, p. 245-246.

183 Artikel 6:106, eerste lid, BW kent die mogelijkheid niet. Zie expliciet Parl. Gesch. InvW 6, p. 1284. Zie uitvoerig ook S.D. Lindenbergh, *Smartengeld* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1998, p. 175-219.

184 Zie S.D. Lindenbergh, *Smartengeld* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1998, p. 179-183; R. Rijnhout, *Schadevergoeding voor derden in personenschadezaken* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012, p. 280-285 en T. Hartlief, 'Wie heeft er recht op vergoeding van personenschade? Enkele opmerkingen over afbakening van de kring van gerechtigden in het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht', *TVP* 2006, nr. 4, p. 98-104.

185 Zie uitvoerig C.P.J. Wijnakker, 'Vergoeding van affectieschade: via het EVRM ook in Nederland mogelijk', *VR* 2010, nr. 11, p. 313-315.

186 EHRM 7 juli 2009, *EHRC* 2009, 115 (Zavoloka/Letland).

187 EHRM 3 april 2001, zaaknr. 27229/95 (Keenan/het Verenigd Koninkrijk). Zie op dit punt ook R. Rijnhout, *Schadevergoeding voor derden in personenschadezaken* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012, p. 304-312; T. Hartlief, 'Smartengeld in Nederland anno 2012: tijd voor een steen in stilstaand water?', *Smartengeldgids* 2012, Den Haag: ANWB 2012, p. 6-11 en R. Rijnhout, 'Kroniek AV&S Schadevergoedingsrecht', *AV&S* 2012, nr. 4, p. 132-145.

Voor deze uitdrukkelijke keuze van de wetgever voor niet-vergoedbaarheid van immateriële schade van naasten, is een aantal redenen aangevoerd. In grote lijnen brengen deze een beduchtheid voor commercialisering van verdriet, onsmakelijke procespraktijken en een stroom van processen tot uitdrukking.¹⁸⁸

Het arrest van de Hoge Raad in de zaak van ‘Baby Joost’ en de onderkenning dat een wetswijziging nodig was om een vergoeding te kunnen bieden aan ouders wier jonge kind door een medische fout zwaar gehandicapt was geraakt,¹⁸⁹ was voor de toenmalige Kamerleden Vos (VVD), Santi (PvdA) en Dittrich (D66) evenwel reden een motie in te dienen waarin het kabinet werd verzocht met een wetsvoorstel te komen.¹⁹⁰ In 2002 werd vervolgens een voorstel ingediend tot aanpassing van de artikelen 6:107 BW en 6:108 BW, teneinde een aanspraak voor derden op vergoeding van affectieschade mogelijk te maken.¹⁹¹ Het voorstel beoogde uitdrukking te geven aan het gegeven dat ernstig letsel of het overlijden van een naaste voor de verwanten als een ernstig verlies wordt ervaren.¹⁹² Erkenning en genoegdoening werden als belangrijkste gronden voor het recht op vergoeding van affectieschade gezien.¹⁹³

Het wetsvoorstel heeft het ondanks de wens niet tot wet gemaakt.¹⁹⁴ Op 23 maart 2010 werd het wetsvoorstel in de Eerste Kamer met 36 tegen 30 stemmen verworpen.¹⁹⁵ Als belangrijkste tegenargumenten werden onder meer genoemd de versterking van de claimcultuur, het niet passen in het huidige wettelijk systeem, het feit dat het wetsvoorstel paternalistisch zou zijn en dat onpeilbaar leed niet in geld is uit te drukken.

Hoe de praktijk in de toekomst verder met de afwezigheid van een recht op vergoeding van affectieschade zal omgaan, is onduidelijk.¹⁹⁶ Er werd wel gepleit voor een bedrijfsregeling

188 Kamerstukken II 2002/03, 28781, nr. 3, p. 3 (MvT).

189 HR 8 september, NJ 2001, 734, met nt. A.R. Bloembergen (Baby Joost), zie voor een bespreking hoofdstuk 3, par. 3.2.2. Zie voorts Kamerstukken II 2002/03, 28781, nr. 3, p. 4 (MvT). Zie voor een ander geval waarin ouders geen recht hadden op vergoeding wegens een louter emotioneel belang HR 9 oktober 1998, NJ 1998, 853 (Baby Jeffrey) ook besproken door C.C. van Dam, ‘Emotioneel belang en affectieschade’, VR 2000, nr. 3, p. 73-75.

190 Kamerstukken II 2000/01, 27400 VI, nr. 31 (Motie van het lid Vos c.s.).

191 Kamerstukken II 2002/03, 28781, nr. 2 (Voorstel van Wet).

192 Kamerstukken II 2002/03, 28781, nr. 3 (MvT).

193 Kamerstukken II 2002/03, 28781, nr. 3 (MvT).

194 Zie ook hierover S.D. Lindenberg, ‘Het wetsvoorstel affectieschade: een treurige dood (?)’, *NJB* afl. 24/2010, p. 1530-1532; R. Rijnhout, ‘Wetsvoorstel affectieschade verworpen door Eerste Kamer’, *TVP* 2010, nr. 2, p. 37-41 en M.P.G. Schipper en I. van der Zalm, ‘Verwerping van het wetsvoorstel affectieschade’, *AV&S* 2010, nr. 3, p. 112-114.

195 Handeling I, stemming 23 maart 2010.

196 Zie ook T. Hartlief, ‘Smartengeld in Nederland anno 2012: tijd voor een steen in stilstaand water?’, *Smartengeldgids* 2012, Den Haag: ANWB 2012, p. 6-11.

inhoudende dat verzekeraars zich zullen gedragen conform de inhoud van het wetsvoorstel, maar ingevoerd is deze niet.¹⁹⁷

7.3.4 *Shockschade van direct betrokkenen en nabestaanden*

Anders dan affectieschade komt 'shockschade' naar Nederlands recht voor vergoeding in aanmerking, zij het dat voor vergoeding van shockschade alleen onder strikte voorwaarden plaats is. Uit de rechtspraak volgt dat voor een aanspraak op vergoeding van geleden schade een overtreding van een veiligheids- of verkeersnorm met een ongeval tot gevolg vereist is, evenals een hevige shock veroorzaakt door het waarnemen van het ongeval of door de directe confrontatie met de ernstige gevolgen ervan, waaruit geestelijk letsel voortvloeit.¹⁹⁸ Voldoende voor een recht op schadevergoeding is een rechtstreeks verband tussen het gevaarzettend handelen enerzijds en het geestelijk letsel dat een derde door de confrontatie met de gevolgen van dit handelen oploopt anderzijds. Deze confrontatie kan ook plaatsvinden (kort) nadat de gebeurtenis die tot de dood of verwonding van een ander heeft geleid, heeft plaatsgevonden.¹⁹⁹ Shockschade kan tot zowel vermogensschade als ander nadeel leiden.²⁰⁰ Het ander nadeel komt op grond van het bepaalde in artikel 6:106, eerste lid, aanhef en onder b, BW (aantasting in de persoon) voor vergoeding in aanmerking. Daarvoor is vereist dat het bestaan van geestelijk letsel, waardoor iemand in zijn persoon is aangetast, in rechte kan worden vastgesteld, hetgeen in het algemeen slechts het geval zal zijn indien sprake is van een in de psychiatrie erkend ziektebeeld.²⁰¹ Shockschade kan zich met name voordoen, indien sprake is van een nauwe (affectieve) band met degene

197 E. Pans ter gelegenheid van het PIV-Congres 26 maart 2010.

198 HR 22 februari 2002, *NJ* 2002, 240, met nt. J.B.M. Vranken, rov. 4.3 en HR 9 oktober 2009, *NJ* 2010, 387, met nt. J.B.M. Vranken, rov. 3.5. Zie voor een bespreking van HR 22 februari 2002 ook S.D. Lindenbergh, 'Psychische schade door schrik', *Trema* 2002, afl. 7, p. 335-343; S.D. Lindenbergh, 'Schade door geestelijk letsel als gevolg van een schokkende gebeurtenis', *AV&S* 2002, nr. 3, p. 63-76 en H.Th. Vos en E. Dans, 'Vergoeding van shockschade na het Kindertaxi-arrest', *TVP* 2006, nr. 4, p. 111-116. Zie voor een bespreking van het arrest HR 9 oktober 2009 T. Hartlief, 'Smartengeld in Nederland anno 2012: tijd voor een steen in stilstaand water?', *Smartengeldgids* 2012, Den Haag: ANWB 2012, p. 6-11.

199 HR 22 februari 2002, *NJ* 2002, 240, met nt. J.B.M. Vranken, rov. 5.2 en HR 9 oktober 2009, *NJ* 2010, 387, met nt. J.B.M. Vranken, rov. 3.5. De eis van de directe confrontatie wordt niet afgezwakt indien het gaat om het opzettelijk begaan van de normschending, zo volgt uit dit laatste arrest. Zie voor commentaar op het arrest R.J.P. Kottenhagen in *NTBR* 2010/4; M. de Tombe-Grootenhuis in *L&S* 2009, nr. 4, p. 40-43 en S.D. Lindenbergh en I. van der Zalm in *TVP* 2010, nr. 1, p. 17-22. Zie voorts R.J.P. Kottenhagen, 'Shockschade en het vereiste van de directe confrontatie – enkele rechtsvergelijkende kanttekeningen', *NTBR* 2010/9, p. 341-351. Zie in het algemeen over het confrontatie-vereiste R. Rijnhout, *Schadevergoeding voor derden in personenschadezaken* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012, p. 230-244.

200 Zie ook S.D. Lindenbergh, *Smartengeld* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2008, p. 146.

201 HR 22 februari 2002, *NJ* 2002, 240, met nt. J.B.M. Vranken, rov. 4.3 en HR 9 oktober 2009, *NJ* 2010, 387, met nt. J.B.M. Vranken, rov. 3.5.

die door het ongeval is gedood of gewond is geraakt.²⁰² Het is dan ook aannemelijk dat de derde niet alleen schade door de shock heeft ervaren maar ook schade ervaart door het verdriet om het verlies van de derde. Deze affectieschade komt niet voor vergoeding in aanmerking, maar staat op zich niet in de weg aan een vergoeding van shockschade; ook voor zover shockschade en affectieschade samenlopen, heeft de nabestaande recht op vergoeding, zij het dat de rechter aan de hand van de omstandigheden van het geval naar billijkheid en schattenderwijs een afweging moet maken in hoeverre bij het bepalen van de hoogte van de schadevergoeding met deze samenloop rekening wordt gehouden.²⁰³

Omdat de rechtspraak betreffende vergoeding van shockschade tot stand is gekomen in het kader van verkeersongevallen en mishandelingen is het de vraag hoe te oordelen over shockschade in het geval een arts of het ziekenhuis de norm van artikel 7:453 BW heeft geschonden of een producent een gebrekkig product op de markt heeft gebracht waaruit het overlijden van de patiënt is voortgekomen. Tot op heden zijn rechters terughoudend en blijkt uit de gepubliceerde rechtspraak niet dat een vergoeding van shockschade in medische zaken reeds is toegekend.²⁰⁴ De reden hiervoor is gelegen in het feit dat de grondslag voor vergoeding van shockschade aan een derde de schending van een verkeers- of veiligheidsnorm is, welke norm ook bescherming beoogde te bieden aan degene bij wie door het waarnemen van het ongeval (het incident) of door de directe confrontatie met de ernstige gevolgen ervan, een hevige emotionele shock werd teweeggebracht.²⁰⁵ Hier dient zich een probleem aan wanneer de vordering tot vergoeding van shockschade wordt gebaseerd op een normschending van de hulpverlener of op de risicoaansprakelijkheid van een producent voor een gebrekkig product. Waar in het geval van een schending van een verkeersnorm veelal duidelijk zal zijn dat de norm schade bij een zwakke verkeersdeelnemer beoogde te voorkomen en ook bescherming beoogde te bieden aan een derde geconfronteerd met een ongeval of de gevolgen ervan, is dat in medische zaken niet zonder meer het geval: de in acht te nemen zorgvuldigheidsnorm van artikel 7:453 BW beoogt niet zonder meer derden te beschermen. Biedt bijvoorbeeld de norm om in geval van een

202 HR 22 februari 2002, *NJ* 2002, 240, met nt. J.B.M. Vranken, rov. 4.3 en 5.2 en HR 9 oktober 2009, *NJ* 2010, 387, met nt. J.B.M. Vranken, rov. 3.5.

203 HR 22 februari 2002, *NJ* 2002, 240, met nt. J.B.M. Vranken, rov. 5.4 en HR 9 oktober 2009, *NJ* 2010, 387, met nt. J.B.M. Vranken, rov. 3.5. Zie voor voorbeelden samenloop: Gerechtshof Leeuwarden 8 mei 2002, *NJ* 2002, 233 en Rechtbank Middelburg 25 juni 2003, *LJN* AH9234.

204 Rechtbank Rotterdam 8 februari 2006, *LJN* AX2193 (onvoldoende gesteld); Rechtbank Maastricht 22 maart 2006, *LJN* AV7273 (geen directe confrontatie); Rechtbank Maastricht 18 oktober 2006, *LJN* AZ0717 (geen schade als gevolg van het overlijden van een derde); Rechtbank Rotterdam 26 augustus 2008, *LJN* BF1952 (geen verband confrontatie); Rechtbank Zutphen 18 november 2009, *LJN* BK4468 en Gerechtshof Arnhem 15 maart 2011, *JA* 2011, 81 (geen schending veiligheidsnorm). Zie voor een (onjuiste) uitzondering in het kader van het strafrecht Rechtbank Zutphen 9 november 2012, *TvGr* 2012, nr. 3, met nt. J.P. van Barneveld.

205 Zie voor een eigen vordering van derden aanvankelijk HR 26 oktober 2001, *NJ* 2002, 216, met nt. J.B.M. Vranken.

vergevorderde geboorte van een kind in stuitligging de baring thuis te verrichten ook bescherming aan de ouders die geconfronteerd worden met het geboren worden van een levenloos kind?²⁰⁶ Hetzelfde geldt voor de norm die achter de risicoaansprakelijkheid van de producent schuil gaat. De norm geen onveilige producten in het verkeer te brengen zal doorgaans alleen bescherming beogen te bieden aan de gebruiker van het product, de patiënt. Voorts is mede debet de omstandigheid dat het aantonen van de directe confrontatie met het incident of de gevolgen ervan niet eenvoudig is (confrontatie met letsel of overlijden alleen is onvoldoende).²⁰⁷ Ook blijkt een rechtstreeks verband tussen de normschending door de hulpverlener enerzijds en het geestelijk letsel dat een derde door de confrontatie met de gevolgen van die normschending oploopt anderzijds lastig aan te tonen.

De problematiek van de aard van de geschonden norm stond bijvoorbeeld ter discussie in een zaak die ter beoordeling voorlag aan de Rechtbank Zutphen en in hoger beroep aan het Gerechtshof Arnhem. In casu ging het om een eenjarig kind dat zich met klachten van hoge koorts, spugen en diarree met zijn ouders bij de huisarts meldde. De huisarts onderzocht het kind en stelde de diagnose ‘gastro-enteritis met ondervulling/uitdroging en mogelijke bacteriële infectie’. De ouders kregen het advies het kind extra vocht toe te dienen. Voorts werd medicatie voorgeschreven. De ouders hebben het kind vervolgens in bed gestopt. Ongeveer een uur later werd het kind door de vader levenloos in zijn bedje – liggend in braaksel – aangetroffen. De met spoed opgeroepen ambulancebroeders hebben tevergeefs getracht om het kind te reanimeren. De ouders zijn hiervan getuige geweest. In de procedure stelden de ouders shockschade te hebben geleden, hetgeen het gevolg was van het verwijtbare handelen van de arts: door het achterwege laten van nader onderzoek had hij niet gehandeld als een redelijk bekwaam en redelijk handelend arts. De vordering werd echter door zowel de rechtbank als het hof afgewezen. De rechtbank liet zich over de norm niet uit, maar naar het oordeel van het hof was in dit geval geen sprake van een schending van een verkeers- of veiligheidsnorm die ertoe strekte een specifiek gevaar ter zake van het ontstaan van schade bij een ander te voorkomen.²⁰⁸ Mijns inziens kan overigens aan de juistheid van dit oordeel worden getwijfeld. Was het niet mogelijk de norm van artikel 7:453 BW in te vullen en beoogde de norm niet wel degelijk gezondheidsschade te voorkomen? Wat vervolgens ter beoordeling zou hebben voorgelegen is of die norm ook

206 Norm ontleend aan RTG Amsterdam 29 november 2011, *LJN* YG1565.

207 Zie ook S.D. Lindenberg, ‘Schade door geestelijk letsel als gevolg van een schokkende gebeurtenis’, *AV&S* 2002, nr. 3, p. 63-76.

208 Rechtbank Zutphen 18 november 2009, *LJN* BK4468 en Gerechtshof Arnhem 15 maart 2011, *JA* 2011, 81.

ertoe sterkte de ouders te beschermen. Hier kunnen vraagtekens bij worden geplaatst.

Het probleem van de directe confrontatie speelde in een zaak waarover de Rechtbank Maastricht oordeelde. Het betrof een zaak waarin vaststond dat de arts tekort was geschoten wegens onvoldoende bewaking van de foetus tijdens de baring, het kind dood was geboren en vaststond dat de overlevingskans van het kind groter was geweest bij een betere bewaking. De rechtbank oordeelde dat aan de vader geen vordering uit hoofde van shockschade toekwam. De vader was reeds uit de ruimte waar de bevalling zich afspeelde weggestuurd voordat het kind ter wereld kwam. Pas na de bevalling is de vader meegedeeld dat het kind was overleden, waarna hij het – op zich gave – lijkje heeft gezien. Dit werd onvoldoende geacht om van een directe confrontatie te kunnen spreken.²⁰⁹

Een verband tussen de normschending en het geestelijk letsel van de nabestaanden kon niet worden vastgesteld in de hiervoor besproken zaak die ter beoordeling voorlag aan de Rechtbank Zutphen. De rechtbank oordeelde dat ook wanneer de huisarts ouders en kind direct naar het ziekenhuis hadden verwezen niet uitgesloten kon worden dat zij ook dan geconfronteerd zouden zijn met de dood van hun zoon en de reanimatiepogingen om het kind in leven te houden. Daarnaast oordeelde de rechtbank dat niet kon worden vastgesteld dat het geestelijk letsel van de moeder het gevolg was van de confrontatie met het overlijden thuis. Veeleer leek het geestelijk letsel samen te hangen met het verdriet om het verlies van het kind.²¹⁰

7.3.5 *Ander nadeel van partner en kind bij wrongful birth en wrongful life*

Bij de bespreking van de vermogensschade van de partner en het kind in geval van *wrongful birth* en *wrongful life* werd reeds opgemerkt dat de *partner* zich – evenzeer als de patiënte zelf – door een normschending van de hulpverlener geconfronteerd ziet met een uitbreiding van het gezin met een ongepland kind of met een in beginsel gepland kind, doch wiens handicap bij wetenschap daaromtrent tot een afbreking van de zwangerschap had geleid. Jegens hem is onrechtmatig gehandeld.²¹¹ De *partner* lijdt hierdoor niet alleen

²⁰⁹ Rechtbank Maastricht 22 maart 2006, *LJN* AV7273.

²¹⁰ Rechtbank Zutphen 18 november 2009, *LJN* BK4468.

²¹¹ HR 18 maart 2005, *NJ* 2006, 606, met nt. J.B.M. Vranken (Baby Kelly), rov. 4.2. Zie ook hoofdstuk 4, par. 4.3.1.3.

vermogensschade, maar ook ander nadeel. De onmogelijkheid om met de vrouw te kiezen voor het plannen van de gezinsuitbreiding of voorkomen van een geboorte, betekent dat inbreuk is gemaakt op zijn recht tot zelfbeschikking. Een dergelijke ingrijpende aantasting van een zo fundamenteel recht wordt als een aantasting in de persoon gezien, hetgeen ingevolge artikel 6:106 eerste lid, sub b, BW recht geeft op vergoeding van ander nadeel. Ook in het geval van de partner is het niet nodig dat er geestelijk letsel wordt vastgesteld.

De Hoge Raad overwoog te dier zake in het Baby Kelly arrest als volgt: 'Voor de vordering van de vader tot vergoeding van zijn immateriële schade geldt in wezen hetzelfde, voor zover deze erop berust dat hem de mogelijkheid is ontnomen samen met de moeder te kiezen voor het voorkomen van de geboorte van een ernstig gehandicapt kind. Ook wat hem betreft moet een zo ingrijpende aantasting als in dit geding aan de orde van een zo fundamenteel recht worden aangemerkt als een aantasting in de persoon in de zin van art. 6:106 lid 1, aanhef en onder b, BW, zonder dat nodig is dat geestelijk letsel is vastgesteld.'²¹²

Zie voor een ander voorbeeld in een enigszins vergelijkbare situatie de zaak waarin de patiënte ten onrechte werd gesteriliseerd na de geboorte van haar kind. Het Gerechtshof 's-Gravenhage oordeelde dat zowel de patiënte als haar echtgenoot in hun persoon waren aangetast in de zin van artikel 6:106, eerste lid, aanhef en onder b, BW in verband met de ongewenste sterilisatie. Deze ten onrechte uitgevoerde sterilisatie bracht immers een ernstige inbreuk op het fundamentele recht tot zelfbeschikking van zowel de patiënt als van haar partner met zich.²¹³

Voor zover de partner immateriële schade lijdt wegens de omstandigheid dat het (gezins)leven van de partner aanmerkelijk en langdurig wordt overschaduwd door de problematiek die een ernstig gehandicapt kind met zich brengt, is een vergoeding van die schade echter niet mogelijk, ook niet wanneer de partner daardoor geestelijk letsel oploopt. Het betreft immers schade die is afgeleid van de schade van het kind en artikel 6:107 BW staat aan een vergoeding anders dan de verplaatste schade in de weg.

Onjuist is dan ook de overweging van de Hoge Raad in het Baby Kelly arrest op dit punt (rov. 4.9) dat voor een vergoeding van immateriële schade aan de vader vanwege de overschaduwing van het gezinsleven door de problematiek

²¹² HR 18 maart 2005, NJ 2006, 606, met nt. J.B.M. Vranken (Baby Kelly), rov. 4.9.

²¹³ Gerechtshof 's-Gravenhage 29 september 2009, L&S 2010, 10, met nt. Y.R.K. Waterman. Zie ook EHRM 18 december 2012, EHRC 2013, 78, met nt. J.M. Emaus (G.B. en R.B./Moldavië).

van een gehandicapt kind voor vergoeding in aanmerking zou komen als er geestelijk letsel zou zijn aangetoond. Een vergoeding is in het geheel niet mogelijk.²¹⁴

Het recht op vergoeding van ander nadeel van het *kind* in een *wrongful-life* situatie is gelegen in normschending van de hulpverlener waardoor het recht op zelfbeschikking van de moeder is aangetast en het kind met aanzienlijke handicaps ter wereld is gekomen. Het kind is aangetast in zijn persoon, zulks in de zin van artikel 6:106, eerste lid, aanhef en onder b, BW.²¹⁵ Omdat het kind in geval van een *wrongful-birth* situatie dat niet is, heeft het ongeplande, doch gezond ter wereld gekomen kind geen recht op vergoeding van ander nadeel.

De Hoge Raad overwoog in die zin in het Baby Kelly arrest als volgt: ‘Mede tegen de achtergrond van het hiervoor in 4.15-4.17 overwogene, heeft Kelly bovendien recht op vergoeding van immateriële schade. Zij is immers door haar (aanzienlijke) handicaps, die haar ouders haar hadden willen besparen, in haar persoon aangetast in de zin van art. 6:106 lid 1, aanhef en onder b, BW.’²¹⁶

De hoogte van de schadevergoeding van het kind zal, net zoals bij een volwassen persoon, moeten worden begroot door alle ter zake dienende omstandigheden mee te wegen, waaronder in elk geval ook de wijze waarop het kind zich inmiddels heeft ontwikkeld, de mate waarin het kind door de handicaps wordt belemmerd ‘normaal’ te leven en de mate waarin het kind daaronder lijdt.²¹⁷

214 HR 18 maart 2005, *NJ* 2006, 606, met nt. J.B.M. Vranken (Baby Kelly). Zie ook T. Hartlief, ‘Hollandse toestanden: de Hoge Raad over “wrongful life”’, *NTBR* 2005/6, p. 239 en R.J.P. Kottenhagen, ‘En vader dan? De civielrechtelijke positie van de vader in situaties van zwangerschaps- en geboorteschade’, *NTBR* 2008/2, p. 2-16. Onjuist is om diezelfde reden de overweging van de Rechtbank Rotterdam 8 februari 2006, *LJN* AX2193 (onrechtmatige daad maar geen vergoeding voor immateriële schade wegens ontbreken geestelijk letsel), rov. 5.3.1.

215 HR 18 maart 2005, *NJ* 2006, 606, met nt. J.B.M. Vranken (Baby Kelly). Zie nader H.J. van Kooten en H.M. Wattendorff, Het belang niet geboren te worden, in Hartkampvariëties, Deventer: Kluwer 2006, p. 55 en T. Hartlief, ‘Hollands toestanden: de Hoge Raad over “wrongful life”’, *NTBR* 2005/6, p. 246.

216 HR 18 maart 2005, *NJ* 2006, 606, met nt. J.B.M. Vranken (Baby Kelly), rov. 4.18.

217 HR 18 maart 2005, *NJ* 2006, 606, met nt. J.B.M. Vranken (Baby Kelly), rov. 4.18. Zie ook HR 20 september 2002, *NJ* 2004, 112, met nt. J.B.M. Vranken (Coma-arrest).

7.3.6 *Schade van regresnemers*

7.3.6.1 **Schade van de werkgever**

Een werkgever die verplicht is tijdens ziekte of arbeidsongeschiktheid van de patiënt het loon door te betalen,²¹⁸ heeft, indien de ongeschiktheid tot werken van de patiënt het gevolg is van een gebeurtenis waarvoor de hulpverlener en/of de producent aansprakelijk is, jegens de hulpverlener en/of de producent recht op schadevergoeding ten bedrage van het door hem betaalde loon, zo volgt uit artikel 6:107a, tweede lid, BW. De bepaling strekt ertoe degene die schade heeft veroorzaakt, te verplichten ook die schadevergoeding te betalen die is opgevangen door de werkgever.²¹⁹

Het recht kent een beperking van de vergoeding in die zin dat het gaat om ten hoogste het bedrag waarvoor de hulpverlener en/of de producent bij het ontbreken van de loondoorbetalingsverplichting, aansprakelijk zou zijn, verminderd met een bedrag gelijk aan dat van de schadevergoeding tot betaling waarvan de hulpverlener en/of de producent jegens de patiënt is gehouden. De hulpverlener en/of de producent kan aldus niet worden verplicht tot betaling van een hogere schadevergoeding dan waartoe het aansprakelijkheidsrecht hem jegens de patiënt verplicht, hetgeen het 'civiele plafond' wordt genoemd. Het civiele plafond komt hierop neer dat de werkgever slechts het netto loon kan vorderen van de hulpverlener en/of de producent.²²⁰ Daarnaast kan de werkgever aanspraak maken op vergoeding van de redelijke kosten van re-integratie, aldus artikel 6:107a, derde lid, BW.²²¹ De bepaling ziet op alle denkbare kosten van re-integratiemaatregelen die ingevolge artikel 7:658a, derde lid, BW worden genomen. De werkgever heeft tevens aanspraak op vergoeding van de door hem gemaakte kosten ter vaststelling van schade en aansprakelijkheid, indien de patiënt, zo hij de kosten had gemaakt, dat ook had gehad.²²²

Het verhaalsrecht van de overheid als werkgever – in het geval de patiënt een ambtenaar is – wordt op andere wijze geregeld; het is neergelegd in artikel 2 Verhaalswet Ongevallen Ambtenaren (VOA).²²³ Beslissend is of een overheidslichaam uitkeringen heeft verstrekt aan een ambtenaar krachtens zijn rechtspositieregeling én in verband met een schadever-

218 Op grond van artikel 7:629 BW in het geval van een arbeidsovereenkomst.

219 HR 9 juli 2004, *NJ* 2004, 572.

220 Zie Kamerstukken II 1994/95, 24326, nr. 3, p. 48 (MvT) en voorts HR 27 november 1987, *NJ* 1989, 48, met nt. C.J.H. Brunner en HR 24 oktober 2003, *NJ* 2004, 396.

221 Stb. 2008, 199 Wet tot wijziging van enige wetten teneinde het verhaal van kosten van re-integratiemaatregelen te vergemakkelijken.

222 HR 9 juli 2004, *NJ* 2004, 572.

223 Wet van 31 juli 1965, Stb. 1965, 354.

oorzakend incident.²²⁴ Daarbij geldt geen beperking tot uitkeringen of verstrekkingen die direct of indirect materieel ten laste van de openbare geldmiddelen komen of zijn gekomen.²²⁵ Onder de te verhalen kosten vallen bijvoorbeeld het invaliditeitspensioen,²²⁶ het weduwen- en wezenpensioen,²²⁷ de re-integratiekosten,²²⁸ en de geneeskundige kosten.²²⁹ Ingevolge artikel 3 VOA geldt ook wat betreft het verhaal van de overheid dat de hulpverlener en/of producent die op grond van artikel 2 VOA wordt aangesproken, niet gehouden is tot betaling van een hoger bedrag dan hij zou hebben moeten betalen, wanneer hij door de patiënt zelf was aangesproken.

7.3.6.2 Schade van uitkeringsinstanties

Uitkeringsinstanties van zorgverzekeringen en sociale verzekeringen en/of sociale voorzieningen lijden schade doordat zij de zorgkosten van de patiënt voorschieten, dan wel voorzien in een uitkering aan de patiënt krachtens een sociale verzekering. Zowel de zorgverzekeraar als de uitkeringsinstantie die uitkeert krachtens een sociale verzekering (UWV, Sociale Verzekeringsbank, gemeenten en/of Centraal administratiekantoor) kan onder omstandigheden regres nemen op de aansprakelijke hulpverlener of producent.

Wat de zorgverzekeraar betreft is het verhaalsrecht geregeld in Boek 7, titel 17, BW. Tussen de individuele verplicht verzekerde patiënt²³⁰ en de individuele zorgverzekeraar bestaat een contractuele rechtsverhouding,²³¹ welke sinds 1 januari 2006 voornamelijk wordt bepaald door de Zorgverzekeringswet (Zvw)²³² en het BW, behoudens de artikelen 7:941, eerste lid, BW en 7:957 BW.²³³ In artikel 7:962 BW is bepaald dat indien de verzekerde – in dit geval de patiënt – ter zake van door hem geleden schade anders dan uit verzekering vorderingen tot schadevergoeding op derden heeft, die vorderingen bij wijze van *subrogatie* overgaan op de (zorg)verzekeraar, voor zover deze, al dan niet verplicht, die schade heeft vergoed.

224 HR 4 juni 1976, *NJ* 1977, 4, met nt. A.R. Bloembergen en HR 15 februari 1985, *NJ* 1986, 687, met nt. F.H.J. Mijnsen.

225 HR 25 november 1983, *NJ* 1984, 707.

226 HR 4 juni 1976, *NJ* 1977, 4, met nt. A.R. Bloembergen; HR 4 maart 1977, *NJ* 1978, 144, met nt. A.R. Bloembergen en HR 15 februari 1985, *NJ* 1986, 687, met nt. F.H.J. Mijnsen.

227 HR 15 februari 1985, *NJ* 1986, 687, met nt. F.H.J. Mijnsen.

228 Kamerstukken II 2006/07, 31087, nr. 2 (Voorstel van Wet) betreffende artikel 3a VOA en neergelegd in Stb. 2008, 199.

229 HR 2 april 1976, *NJ* 1976, 532, met nt. A.R. Bloembergen.

230 Dit zijn ingevolge artikel 2 Zvw de op grond van artikel 5 Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten verplicht verzekerde personen.

231 Kamerstukken II 2003/04, 29763, nr. 3, p. 78 (MvT).

232 Wet van 16 juni 2005, Stb. 2005, 358, in werking getreden op 1 januari 2006, Stb. 2005, 649. Met ingang van 1 januari 2006 is de Ziekenfondswet ingetrokken.

233 Uitgezonderd in artikel 15 Zvw.

Een verhaalsmogelijkheid van uitkeringsinstanties van sociale verzekeringen is geregeld in de op de specifieke sociale verzekering betrekking hebbende wetgeving. Volksverzekeringen zijn geregeld in onder meer de Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten (AWBZ) en de Algemene nabestaandenwet (Anw).²³⁴ Sociale voorzieningen zijn geregeld in onder meer de Wet werk en arbeidsondersteuning jonggehandicapten (Wajong).²³⁵ Werknemersverzekeringen zijn geregeld in onder meer de ZW en de WIA. Ingevolge bijvoorbeeld artikel 52a ZW en artikel 99 WIA heeft het orgaan dat krachtens deze wetten aan de patiënt uitkeringen doet, een regresvordering op de aansprakelijke hulpverlener. Dit recht is een zelfstandig recht. Het regresrecht ziet op de krachtens de ZW of WIA gemaakte kosten. Daartoe behoren ook de kosten van buitengerechtelijke rechtsbijstand.²³⁶ Per 1 juni 2008 is bovendien aan onder meer artikel 52a ZW en artikel 99 WIA een bijzonder regresrecht toegevoegd voor de redelijke re-integratiekosten ten behoeve van de re-integratie-inspanning, die (de werkgever of) het UWV verplicht is te nemen. Ingevolge artikel 65b AWBZ heeft ook een zorgverzekeraar voor de krachtens de AWBZ gemaakte kosten verhaal op de aansprakelijke hulpverlener of producent. De Anw kent evenzeer een verhaalsrecht, aldus artikel 61 Anw. Het regresrecht van de Wajong is geregeld in artikel 4:2 Wajong.

Het regres door de zorgverzekeraars en de sociale verzekeraars is beperkt tot het civiele plafond.²³⁷ Het bedrag waarvoor de verzekeraar regres kan nemen, is daarom niet hoger dan het bedrag van de civielrechtelijke aansprakelijkheid van de hulpverlener of de producent.

De individuele afwikkeling van het regres is tijdrovend en kostbaar. Om die reden is gezocht naar een manier om regres efficiënter te laten verlopen. Deze efficiënte manier is gezocht in een collectivering van het regres. Het Verbond van Verzekeraars en het UWV hebben daartoe een Convenant Verhaalsrecht gesloten.²³⁸ Wat de uitkeringen ingevolge de AWBZ betreft is het Convenant collectieve afkoop regresrecht AWBZ 2011-2014, gesloten tussen het Verbond van Verzekeraars en het College voor zorgverzekeringen van toepassing.²³⁹ Het collectieve regresrecht inzake de Anw is geregeld in het Convenant tussen de Sociale Verzekeringsbank en het Verbond van Verzekeraars inzake collectivering regres Algemene nabestaandenwet.²⁴⁰

234 Wet van 14 december 1967, Stb. 1967, 617 respectievelijk Wet van 21 december 1995, Stb. 1995, 690.

235 Wet van 24 april 1997, Stb. 1997, 177.

236 HR 5 december 1997, NJ 1998, 400; HR 5 december 1997, NJ 1998, 401; HR 5 december 1997, NJ 1998, 402, met nt. J. Hijma en HR 26 september 2003, NJ 2003, 645.

237 HR 23 februari 1990, NJ 1991, 574, met nt. C.J.H. Brunner.

238 Het convenant (2013) is te downloaden via <www.verbondvanverzekeraars.nl>.

239 Het convenant is te downloaden via <www.verzekeraars.nl>.

240 Het convenant eindigt op 31 december 2014. Het convenant is te downloaden via <www.verbondvanverzekeraars.nl>.

7.4 VERJARING VAN DE VORDERING

7.4.0 *Opmerkingen vooraf*

Een vordering tot schadevergoeding kan verjaren. Dit dient de rechtszekerheid. Doet de hulpverlener of de producent met succes een beroep op de verjaring van de vordering – op hem rust de bewijslast –²⁴¹, dan zal de patiënt zijn recht op vergoeding van schade niet langer kunnen afdwingen. In deze paragraaf worden daarom de verjaringstermijnen beschreven en geanalyseerd, meer in het bijzonder de vijfjaarstermijn en de twintigjaarsstermijn (par. 7.4.1). De verjaring kan worden gestuit, hetgeen dan ook het volgende onderwerp is van deze paragraaf (par. 7.4.2). Vanwege het afwijkende regime van verjaring in het kader van de aansprakelijkheid van de producent voor producten met gebreken, wordt separaat beschreven hoe de verjaring bij productaansprakelijkheid is geregeld (par. 7.4.3).

7.4.1 *Verjaringstermijnen*

7.4.1.1 **Het wettelijk kader van verjaring**

De verjaring van rechtsvorderingen tot schadevergoeding is geregeld in artikel 3:310 BW. Het eerste lid bepaalt dat een rechtsvordering tot vergoeding van schade verjaart door verloop van *viyf* jaren na de aanvang van de dag, volgende op die waarop de benadeelde zowel met de schade als met de daarvoor aansprakelijke persoon bekend is geworden en in ieder geval door verloop van *twintig* jaren na de gebeurtenis waardoor de schade is veroorzaakt. Er is aldus sprake van een vijfjaarstermijn en van een twintigjaarstermijn.²⁴² De vijfjaarstermijn vangt aan op het moment van bekendheid met de schade en de aansprakelijke persoon. De twintigjaarstermijn vangt aan op het moment waarop de gebeurtenis waarop de schade is veroorzaakt, plaatsvindt.

Artikel 3:310, tweede lid, BW kent voorts een dertigjarige verjaringstermijn in het geval de schade het gevolg is van verontreiniging van lucht, water of bodem, het gevolg is van een gevaar als bedoeld in artikel 6:175 BW, dan wel het gevolg van beweging van de bodem als bedoeld in artikel 6:177, eerste lid, onder b, BW. Artikel 3:310, tweede lid, BW is nader uitgewerkt in artikel 3:310, derde en vierde lid, BW.

²⁴¹ Zie voor een voorbeeld over de bewijslast Rechtbank Utrecht 30 mei 2012, *LJN* BW8487, rov. 4.3.

²⁴² De vijfjaarstermijn wordt vaak met 'relatieve' of 'subjectieve' termijn aangeduid en de twintigjaarstermijn met 'objectieve' of 'absolute' termijn: J.L. Smeehuijzen, *Verjaring van het recht op vergoeding van personenschade*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 9.

In afwijking van het eerste en tweede lid verjaart een rechtsvordering tot vergoeding van schade door *letsel of overlijden* slechts door verloop van vijf jaren na de aanvang van de dag volgende op die waarop de benadeelde zowel met de schade als de daarvoor aansprakelijke persoon bekend is geworden, aldus artikel 3:310, vijfde lid, BW.²⁴³ Indien de benadeelde minderjarig was op de dag waarop de schade en daarvoor aansprakelijke persoon bekend zijn geworden, verjaart de rechtsvordering ingevolge hetzelfde lid slechts door verloop van vijf jaren na aanvang van de dag volgende op die waarop de benadeelde meerderjarig is geworden.

7.4.1.2 Vijfjaarstermijn

De ratio van verjaring is gelegen in het algemene belang van de rechtszekerheid. Bovendien is er bij de vijfjaarstermijn een rol toebedeeld aan de *billijkheid*: van de benadeelde – de patiënt – mag worden verwacht dat deze zijn vordering instelt, zodra dat redelijkerwijze van hem kan worden gevergd. De gedachte erachter is dat de schuldenaar – de hulpverlener – dient te worden beschermd tegen verouderde aanspraken waartegen hij door het verstrijken van de tijd geen of moeilijk verweer kan voeren. Ageert de patiënt niet zodra dit redelijkerwijs van hem kan worden gevergd, dan verliest hij zijn recht.²⁴⁴

De vijfjaarstermijn vangt aan de dag volgende op die waarop de patiënt zowel met de schade als met de daarvoor aansprakelijke persoon – de hulpverlener – bekend is geworden, zo kan uit artikel 3:310, eerste lid, BW worden afgeleid. Bekendheid met de schade en bekendheid met de aansprakelijke persoon is vaak onderwerp van discussie geweest en door de Hoge Raad in een aantal arresten uitgelegd. Ook de lagere rechtspraak heeft bijgedragen aan de invulling van het vereiste van ‘bekendheid’. Thans kunnen de volgende uitgangspunten – in dit onderzoek toegepast op de relatie tussen de hulpverlener en de patiënt – als geldend recht worden beschouwd:

- a) De eis van ‘bekendheid met de schade en de aansprakelijke persoon’ moet subjectief worden opgevat. Het gaat aldus om de daadwerkelijke bekendheid, die door de patiënt gesteld moet worden, maar ook door de rechter uit de feiten en omstandigheden van het geval kan worden afgeleid. Het enkele vermoeden van het bestaan van schade volstaat niet.²⁴⁵

²⁴³ Wet van 27 november 2003 tot wijziging van de regeling betreffende bevrijdende verjaring in het Burgerlijk Wetboek voor gevallen van verborgen schade door letsel of overlijden, in werking getreden op 1 februari 2004, Stb. 2003, 495.

²⁴⁴ HR 31 oktober 2003, NJ 2006, 112, met nt. C.E. du Perron (Saelman-arrest), rov. 3.4 en HR 26 november 2004, NJ 2006, 115, met nt. C.E. du Perron, rov. 3.4. zie ook J.L. Smeehuijzen, Verjaring van het recht op vergoeding van personenschade, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 21.

²⁴⁵ HR 6 april 2001, NJ 2002, 383, rov. 3.4.2. Zie in gelijke zin HR 20 april 2001, NJ 2002, 384, met nt. H.J. Snijders ten aanzien van artikel 3:311 BW.

- b) In het geval van lichamelijke klachten waarvan de herkomst niet zonder meer duidelijk is, zal de vereiste mate van zekerheid over de oorzaak van de klachten en dus daadwerkelijke ‘bekendheid met schade’ pas aanwezig zijn, indien de oorzaak van de lichamelijke klachten door ter zake deskundige artsen is vastgesteld.²⁴⁶ De exacte oorzaak van de schade hoeft echter niet te zijn vastgesteld wil de termijn een aanvang gaan nemen.²⁴⁷
- c) Van de patiënt mag in beginsel worden verlangd om – zo dit in het voorliggende geval eenvoudig is te achterhalen – onderzoek te doen naar de identiteit van de aansprakelijke partij.²⁴⁸
- d) Naast bekendheid met de schade en de aansprakelijke persoon, is bekendheid bij de patiënt (of diens wettelijk vertegenwoordiger²⁴⁹) met de toerekenbare tekortkoming of onrechtmatige daad van de aansprakelijke persoon en het causaal verband tussen de fout en de schade van de patiënt vereist.²⁵⁰ Het gaat daarbij om een voldoende mate van zekerheid, die niet zover gaat dat er absolute zekerheid over de fout en het causaal verband is. Doorslaggevend is of de patiënt *daadwerkelijk in staat is een rechtsvordering in te stellen*.²⁵¹

De Hoge Raad maakte na een tijd van onzekerheid de eis van ‘het daadwerkelijk in staat zijn’ expliciet in het ‘Saelman-arrest’.²⁵² De feiten in de zaak Saelman waren de volgende. Het kind Jasper kwam op 24 november 1987 met behulp van een keizersnede ter wereld. Hij bleek in een zeer slechte conditie ten gevolge van zuurstofgebrek voor de geboorte. Hoewel in 1988 nog door de kinderarts werd geschreven dat een normale ontwikkeling niet werd uitgesloten, bleek in 1994 uit onderzoek dat het kind vanwege een gestoorde ontwikkeling aangepast

246 HR 24 januari 2003, *NJ* 2003, 300, rov. 3.4.2; HR 10 oktober 2003, *NJ* 2003, 680, rov. 3.4.1 en HR 10 september 2010, *NJ* 2012, 195, met nt. C.E. du Perron, rov. 3.5.

247 HR 9 oktober 2009, *NJ* 2012, 193, met nt. C.E. du Perron, rov. 3.6.

248 HR 3 december 2010, *NJ* 2012, 196, met nt. C.E. du Perron. Zie voor een bespreking ook C.H. van Dijk, ‘Verjaring en stuiting: de praktijk blijft weerbarstig’, *AV&S* 2011, nr. 1, p. 5-6.

249 Zie voor de vraag of de echtgenoot als wettelijk vertegenwoordiger kan worden aangemerkt en de vraag of zijn bekendheid kan worden toegerekend aan de patiënt in ontkennende zin Rechtbank Utrecht 30 mei 2012, *LJN* BW8487.

250 Zie voor een voorbeeld Rechtbank Arnhem 21 maart 2012, *LJN* BW1273. Zie voorts J.L. Smeehuijzen, *Verjaring van het recht op vergoeding van personenschade*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 29 en J.L. Smeehuijzen, *De bevrijdende verjaring* (diss. VU Amsterdam), Deventer: Kluwer 2008, p. 217.

251 Met deze tournure werd de tot dan toe in de rechtspraak gehanteerde ‘toerekeningsconstructie’ verlaten. Voorbeelden hiervan zijn de casus waarin slachtoffers van seksueel misbruik of kindermishandeling niet in staat zijn hun vordering tegen de dader in te stellen wegens het effect op de psyche van deze benadeelden. De verjaringstermijn begon in die zaken pas te lopen, indien de psychische factoren niet langer aan het instellen van de vordering in de weg stonden. Zie bijvoorbeeld HR 23 oktober 1998, *NJ* 2000, 15, HR 25 juni 1999, *NJ* 2000, 16, met nt. A.R. Bloembergen.

252 HR 31 oktober 2003, *NJ* 2006, 112, met nt. C.E. du Perron. Zie voorts T. Hartlief, ‘Saelman/Academisch ziekenhuis VU: wanneer begint de korte verjaringstermijn van artikel 3:310 BW te lopen?’, *AA* 53 (2004) 4, p. 266-275. Zie ook in een niet-medische zaak HR 9 oktober 2009, *LJN* BJ4850.

onderwijs diende te volgen. In december 1994 heeft een gesprek plaatsgevonden tussen de ouders van Jasper alsmede de gynaecoloog die destijds de keizersnede verrichtte. In dat gesprek heeft de gynaecoloog opgemerkt dat achteraf bezien bij de geboorte eerder ingegrepen had moeten worden. In navolging op deze mededeling hebben de ouders bij brief van 13 mei 1996 de behandelend gynaecoloog en het ziekenhuis aansprakelijk gesteld. De ouders kregen een verjaringsverweer tegengeworpen, hetgeen leidde tot een procedure bij de rechtbank, het hof en de Hoge Raad. Zowel de rechtbank als het hof wees de vordering af: zij achtten het beroep op verjaring geslaagd. Het hof overwoog dat het bij de geboorte duidelijk was dat het kind niet gezond was en dat de hersenbeschadiging kwam door zuurstofgebrek; de ouders wisten dit en wisten ook dat die schade gevolgen kon hebben voor de ontwikkeling van het kind. Het feit dat zij de omvang van de schade nog niet kenden, belette niet dat de verjaringstermijn ging lopen, aldus het hof. Evenmin stond daar aan in de weg dat de ouders aanvankelijk niet wisten wie voor de ontstane schade aansprakelijk waren te stellen. De Hoge Raad oordeelde anders en overwoog – na een uiteenzetting van zijn eerdere arresten²⁵³ – als volgt: ‘Tegen de achtergrond van voormelde rechtspraak en in het licht van de mede naar aanleiding van deze arresten verschenen literatuur komt de Hoge Raad thans tot het oordeel dat de korte verjaringstermijn van art. 3:310 lid 1 BW, gelet op de strekking van deze bepaling, pas begint te lopen op de dag na die waarop de benadeelde daadwerkelijk in staat is een rechtsvordering tot vergoeding van deze schade in te stellen. 3.5 Tegen deze achtergrond moet worden aangenomen dat indien iemand bij zijn geboorte lichamelijk letsel heeft opgelopen dat door het natuurlijk verloop van de zwangerschap en bevalling zou kunnen zijn veroorzaakt, de korte verjaringstermijn van art. 3:310 lid 1 BW pas begint te lopen zodra hij of diens wettelijk vertegenwoordiger voldoende zekerheid – die niet een absolute zekerheid hoeft te zijn – heeft gekregen dat het letsel (mede) is veroorzaakt door tekortschietend of foutief medisch handelen.’ In dit geval gold daarom de dag waarop het gesprek met de gynaecoloog plaatsvond als startdatum van de verjaringstermijn.

Het criterium dat de benadeelde daadwerkelijk in staat moet zijn om een rechtsvordering in te stellen, werd door de Hoge Raad herhaald en nader uitgelegd in een arrest uit 2005. De zaak die tot het arrest leidde betrof een patiënt die op 6 april 1993 werd geopereerd door een neurochirurg aan een tumor aan

253 HR 6 april 2001, *NJ* 2002, 383; HR 20 april 2001, *NJ* 2002, 384, met nt. H.J. Snijders; HR 24 januari 2003, *NJ* 2003, 300; HR 23 oktober 1998, *NJ* 2000, 15 en HR 25 juni 1999, *NJ* 2000, 16, met nt. A.R. Bloembergen.

de hypofyse. Kort na de operatie bleek de patiënt van een visusvermindering. Bij brief van 29 januari 1998 werd het ziekenhuis aansprakelijk gesteld. Bij brief van 27 april 1999 werd de arts aansprakelijk gesteld. De feiten waren voor het hof reden om uit te gaan van het vermoeden dat de patiënt bekend was met de schade en de aansprakelijke persoon, behoudens tegenbewijs. De patiënt stelde daartegen een cassatiemiddel in, stellende dat voor het instellen van een rechtsvordering vereist is dat met voldoende bepaaldheid kan worden gesteld welke fout aan degene tegen wie de vordering wordt ingesteld wordt verweten. Voorts stelde de patiënt dat eerst uit het volledige medische dossier een voldoende aanwijzing bleek dat er sprake was van een (post)operatieve medische fout. De Hoge Raad achtte het middel gegrond en overwoog daartoe als volgt: ‘Aldus oordelend heeft het hof miskend dat de door het hof toegepaste, korte verjaringstermijn (...) pas begint te lopen op de dag na die waarop de benadeelde daadwerkelijk in staat is een rechtsvordering tot vergoeding van zijn schade in te stellen, en dat indien iemand bij een medische ingreep lichamelijk letsel heeft opgelopen door een fout van degenen die de ingreep heeft verricht, deze verjaringstermijn pas begint te lopen zodra de benadeelde voldoende zekerheid – die niet een absolute zekerheid hoeft te zijn – heeft gekregen dat het letsel (mede) is veroorzaakt door tekortschietend of foutief medisch handelen (vgl. HR 31 oktober 2003, nr. C02/234, RvdW 2003, 169). De door het hof voor zijn oordeel bepalend geachte feiten houden immers niet in dat [de patiënt] kort na 8 april 1993 een zodanige zekerheid heeft verkregen, terwijl – naar het hof in rov 4.3 vermeldt – [de vertegenwoordiger van de patiënt] in de aan de orde zijnde grieven uitdrukkelijk heeft gesteld dat [de patiënt] eerst in de loop van 1998, toen hij het gehele medische dossier had ontvangen, kennis kreeg van de oorzaak van de visusvermindering en de identiteit van de mogelijk aansprakelijke persoon.’²⁵⁴

- e) De vereiste voldoende mate van zekerheid dat de patiënt bij een medische ingreep schade heeft opgelopen die (mede) is veroorzaakt door tekortschietend of foutief medisch handelen, zal bijvoorbeeld gevonden kunnen worden in een voldoende duidelijke uitspraak van een behandelend arts, of van één of meer medisch deskundigen, het medisch dossier, maar bijvoorbeeld ook in het medisch advies van de medisch adviseur waarover de patiënt wordt ingelicht via de door hem aangezochte belangenbehartiger in een letselschadeprocedure.²⁵⁵

²⁵⁴ HR 27 mei 2005, *NJ* 2006, 114, met nt. C.E. du Perron, rov 3.4. Zie ook HR 26 november 2004, *NJ* 2006, 115, met nt. C.E. du Perron.

²⁵⁵ Zie voor voorbeelden Rechtbank Rotterdam 31 maart 2010, *LJN* BM0829 en Rechtbank 's-Hertogenbosch 8 februari 2012, *LJN* BV3743.

Zie bijvoorbeeld het arrest van het Gerechtshof 's-Hertogenbosch van 23 september 2008. Daar werd ten aanzien van een patiënt met sinds 1992 bekend letsel eerst de vereiste bekendheid aanwezig verondersteld in 2002, het moment waarop de advocaat van de patiënt de beschikking kreeg over informatie van het ziekenhuis. Uit die informatie bleek dat er in 1992 bij de artsen het vermoeden bestond dat er sprake was een Volkmann's contractuur dan wel neurogene laesie, waaruit de advocaat afleidde dat er mogelijk sprake was van een medische fout.²⁵⁶

- f) De vereiste voldoende mate van zekerheid dat de patiënt bij een medische ingreep schade heeft opgelopen die (mede) is veroorzaakt door tekortschietend of foutief medisch handelen, behoeft daarentegen niet reeds aanwezig te worden geacht, indien aan de patiënt mededeling wordt gedaan van een 'complicatie', zeker niet als daaraan door de hulpverlener is toegevoegd dat herstel zal intreden.

Dit werd door de Hoge Raad uitgemaakt in 2008. De patiënte in kwestie onderging op 1 februari 1993 een heupoperatie waarna een klapvoet optrad. Kort na de operatie berichtte de arts de patiënte dat het om een complicatie ging en dat 'het wel weer goed zou komen'. Op 20 oktober 1998 werd de arts aansprakelijk gesteld. Het hof oordeelde dat de rechtsvordering was verjaard nu de patiënte reeds op 1 februari 1993, kort na de operatie, toen zij de klapvoet gewaar werd, voldoende zekerheid had dat zij bij de operatie schade had opgelopen welke (mede) was veroorzaakt door tekortschietend of foutief medisch handelen van de arts in kwestie. De Hoge Raad achtte het daartegen ingestelde middel gegrond. Hij overwoog op basis van de vastgestelde feiten als volgt: 'In het licht van die mededeling van arts B. [toevoeging: dat het wel weer goed zou komen] is het oordeel van het hof dat [de patiënt] reeds op 1 februari 1993, kort na de operatie, voldoende zekerheid had dat zij bij de operatie schade had opgelopen welke (mede) was veroorzaakt door tekortschietend of foutief medisch handelen van arts B. en dat zij vanaf die datum daadwerkelijk in staat was een vordering tot schadevergoeding tegen arts B. in te stellen (...), zonder nadere motivering, die ontbreekt, onbegrijpelijk.'²⁵⁷

²⁵⁶ Gerechtshof 's-Hertogenbosch 23 september 2008, *JA* 2009, 29, met nt. J.L. Smeehuijzen. Zie ook bij ontvangst medisch dossier HR 27 mei 2005, *NJ* 2006, 114, met nt. C.E. du Perron.

²⁵⁷ HR 4 april 2008, *NJ* 2008, 203, rov. 3.4.

- g) Voor het gaan lopen van de verjaringstermijn is niet vereist dat de patiënt bekend is met alle componenten of de gehele omvang van zijn schade als gevolg van het foutief handelen. De enkele kans op schade is daarentegen onvoldoende.²⁵⁸
- h) De verjaringstermijn geldt mede voor de vordering tot vergoeding van schade waarvan de patiënt kon verwachten dat hij die als gevolg van het foutief handelen van de aansprakelijke persoon zou kunnen gaan lijden.²⁵⁹ Als schade van doorlopende aard is geleden, dan loopt de verjaringstermijn ook voor dezelfde soort schade die in de toekomst wordt geleden.²⁶⁰
- i) Het feit dat de patiënt zijn vordering niet kan instellen wegens het ontbreken van juridische kennis staat niet in de weg aan de aanvang van de verjaringstermijn.²⁶¹

Kort gezegd, komt de jurisprudentie erop neer dat zolang de patiënt in onvoldoende mate zekerheid heeft over de vraag of hij gezondheidsschade heeft geleden en over de oorzaak van zijn gezondheidsschade en aldus onduidelijk is dat daaraan mogelijk een medische fout van een hulpverlener ten grondslag ligt, de verjaringstermijn nog niet gaat lopen. Als daarentegen in voldoende mate zeker is dat het handelen van de hulpverlener debet is aan zijn schade, dan mag van de patiënt worden verlangd dat hij de hulpverlener aanspreekt,²⁶² waarbij uiteraard de eis geldt dat de patiënt ook met de identiteit van de arts bekend is, dan wel met het ziekenhuis waar de schadeveroorzakende handeling heeft plaatsgevonden.²⁶³

7.4.1.3 Twintigjaarstermijn

De twintigjaarstermijn is absoluut en vangt aan direct na de gebeurtenis waardoor de schade is veroorzaakt. In het geval van een normschending door de hulpverlener verjaart de vordering dus twintig jaren na de onjuiste geneeskundige behandeling die de schade veroorzaakte. Dat de patiënt kan worden geconfronteerd met een verjaarde vordering,

258 HR 9 oktober 2009, *NJ* 2012, 193, met nt. C.E. du Perron, rov. 3.8.2. Zie voor kans op schade onvoldoende ook Rechtbank 's-Hertogenbosch 22 februari 2012, *LJN* BV6856. Zie voorts C.H. van Dijk, 'Verjaring en stuiting: de praktijk blijft weerbarstig', *AV&S* 2011, nr. 1, p. 5-10.

259 HR 10 september 2010, *NJ* 2012, 195, met nt. C.E. du Perron, rov. 3.5.

260 HR 24 mei 2002, *NJ* 2003, 268, rov. 3.8.

261 HR 26 november 2004, *NJ* 2006, 115, met nt. C.E. du Perron. Zie ook HR 24 mei 2002, *NJ* 2003, 269, met nt. T. Koopmans en HR 5 januari 2007, *NJ* 2007, 320, met nt. M.R. Mok. Bevestigd in HR 9 oktober 2009, *NJ* 2012, 193, met nt. C.E. du Perron. Zie ook J.L. Smeehuijzen, *De bevrijdende verjaring* (diss. VU Amsterdam), Deventer: Kluwer 2008, p. 222. Smeehuijzen acht het verdedigbaar dat wanneer rechtsdwaling aan de debiteur moet worden toegerekend zijn beroep op de relatieve termijn in strijd is met de redelijkheid en billijkheid. Een voorbeeld is onjuist juridisch advies.

262 HR 3 december 2010, *NJ* 2012, 196, met nt. C.E. du Perron. Zie ook T. Hartlief, 'Saelman/Academisch ziekenhuis VU: wanneer begint de korte verjaringstermijn van artikel 3:310 BW te lopen?', *AA* 53 (2004) 4, p. 266-275. Zie voor een voorbeeld uit de rechtspraak van de feitenrechter Rechtbank Amsterdam 18 juli 2012, *LJN* BX4184.

263 HR 20 februari 2004, *NJ* 2006, 113, HR 9 oktober 2009, *NJ* 2012, 193, met nt. C.E. du Perron en HR 10 september 2010, *NJ* 2012, 195, met nt. C.E. du Perron.

terwijl hij de feiten waaruit zijn vordering voortvloeit niet kende en ook niet kon kennen (dus niet wist van een medische fout), is vanuit een oogpunt van individuele gerechtigheid moeilijk te verteren. In dat geval immers verjaart er een vordering die de patiënt niet geldend heeft kunnen maken. Het belang van de rechtszekerheid wordt echter groter geacht.²⁶⁴ Dat is niet anders in het geval psychische factoren in de weg staan aan het instellen van de vordering, ook al is dat aan de hulpverlener toe te rekenen.²⁶⁵

Toch is gebleken dat ook op de absolute verjaringstermijn een uitzondering kan worden gemaakt, indien vasthouden aan de termijn naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. De Hoge Raad heeft in het kader van de ‘asbest-zaken’ – bedoeld wordt op de zaken waarbij de benadeelde eerst na verloop van twintig of dertig jaren bekend werd met de schadelijke gevolgen van het werken met asbest – uitgemaakt dat de absolute verjaringstermijn kan worden doorbroken in het geval strijd met de redelijkheid en billijkheid optreedt. De Hoge Raad formuleerde zes gezichtspunten die de rechter een leidraad geven voor zijn oordeel daaromtrent.²⁶⁶ Hoewel niet gezegd is dat deze jurisprudentie niet van belang kan zijn in het geval van een normschending door de hulpverlener, is de jurisprudentie zo specifiek gericht op de asbestproblematiek, dat een nadere bespreking buiten beschouwing blijft. Bovendien is zij van minder belang nu met de komst van de Wet verjaring personenschade een oplossing is gekomen voor gevallen van verborgen schade door letsel of overlijden. De Wet verjaring personenschade, inhoudende de toevoeging van het vijfde lid aan artikel 3:310 BW, onttrekt gevallen van personenschade aan de werking van de absolute termijn. Aldus geldt bij schade door letsel of overlijden de twintigjaarstermijn (of dertigjaarstermijn) niet en blijft alleen de vijfjaarstermijn van toepassing. De datum van inwerkingtreding was 1 februari 2004, doch de overgangsregeling bepaalt dat de nieuwe regeling niet van toepassing is op gebeurtenissen die hebben plaatsgevonden vóór 1 februari 2004. Het gevolg daarvan is dat het wetsartikel pas effect sorteert twintig jaren na 1 februari 2004, 1 februari 2024 dus. De wetswijziging brengt met zich dat vorderingen van de patiënt pas op onafzienbare termijn verjaren.

7.4.2 *Stuiting van de verjaring*

Het doel van stuiting van de verjaring is de schuldenaar – de hulpverlener – een voldoende duidelijke waarschuwing te geven dat hij ook na ommekomst van de verjaringstermijn de beschikking houdt over zijn gegevens en bewijsmateriaal, opdat hij zich tegen een mogelijkerwijs in te stellen vordering kan verweren en bij de inrichting van zijn vermogenspo-

264 HR 3 november 1995, NJ 1998, 380, met nt. C.J.H. Brunner.

265 HR 25 juni 1999, NJ 2000, 16, met nt. A.R. Bloembergen.

266 HR 28 april 2000, NJ 2000, 430, met nt. A.R. Bloembergen.

sitie rekening houdt met de mogelijkheid dat hij alsnog moet nakomen.²⁶⁷ Van belang in zaken betreffende medische fouten is dat de hulpverlener het medisch dossier bewaart, ook na de verplicht gestelde bewaartermijn (ingevolge artikel 7:454 BW is de bewaartermijn 15 jaar²⁶⁸).

De verjaring van de rechtsvordering van de patiënt kan ingevolge artikel 3:316 BW worden gestuit door het instellen van een eis, evenals door elke andere daad van rechtsvervolgning van de zijde van de patiënt.²⁶⁹ Ook de door een collectief ingestelde rechtsvordering kan betrokken rechtsvorderingen van individuele patiënten stuiten.²⁷⁰ Een daad van rechtsvervolgning *door de hulpverlener* daarentegen heeft geen stuitende werking.²⁷¹ Onder ‘dadens van rechtsvervolgning’ vallen bijvoorbeeld een dagvaarding, het instellen van een eis in reconventie, een vermeerdering van eis (aangemerkt als een nieuwe rechtsvordering),²⁷² het instellen van een nieuwe vordering na afwijzing wegens onbevoegdheid,²⁷³ het leggen van executoriaal beslag, het indienen van een verzoekschrift,²⁷⁴ het indienen van een vordering ter verificatie in een faillissement,²⁷⁵ en het indienen van een voegingsformulier als benadeelde partij in het strafproces.²⁷⁶ Een verzoek om een voorlopig getuigenverhoor of een voorlopig deskundigenbericht heeft daarentegen niet zonder meer een stuitende werking.²⁷⁷ Ook het indienen van een (tucht)klacht tegen de hulpverlener ontbeert een stuitende werking. Dit is mogelijk anders, indien het klaagschrift (of de repliek) zodanige mededelingen bevat, of sprake is van zodanige verklaringen of gedragingen in de tuchtprocedure, dat toch gesproken kan worden van een stuitingshandeling.

Een voorbeeld betreft een vonnis van de Rechtbank Arnhem. Aan de rechter werd de vraag voorgelegd of het klaagschrift en/of de repliek stuitende werking hadden. De rechter oordeelde in dit geval dat de woorden ‘*Nu de schade die is aangedaan in zijn volle omvang zichtbaar is geworden, en daar bedoel ik zeker*

267 HR 14 februari 1997, NJ 1997, 244, rov. 3.5; HR 1 december 2000, NJ 2001, 46 en HR 25 januari 2002, NJ 2002, 169.

268 Zie ook hoofdstuk 3, par. 3.4.3 voor afwijkende bewaartermijnen van medische gegevens.

269 Kan ook een persoon namens de patiënt zijn, zo volgt uit HR 2 maart 2001, NJ 2001, 304.

270 HR 19 december 1997, NJ 1998, 403, met nt. T. Koopmans. Zie ook Rechtbank Alkmaar 22 april 2009, LJN BI1927.

271 J.L. Smeehuijzen, De bevrijdende verjaring (diss. VU Amsterdam), Deventer; Kluwer 2008, p. 273-276. Zie voorts HR 14 mei 2004, NJ 2005, 236, met nt. K.F. Haak.

272 HR 23 mei 1997, NJ 1997, 531.

273 Gerechtshof Leeuwarden 22 augustus 2001, NJ 2002, 69.

274 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 16 maart 2010, LJN BL8129, mits dit uit de tekst kan worden afgeleid.

275 Gerechtshof 's-Gravenhage 18 januari 1994, NJ 1995, 241.

276 Parl. Gesch. Boek 3, p. 933 en 934. Zie ook C.H. van Dijk, ‘Verjaring en stuiting: de praktijk blijft weerbarstig’, AV&S 2011, nr. 1, p.18.

277 HR 18 september 2009, NJ 2009, 439. Zie anders Gerechtshof 8 januari 2004, TvGr 2005, nr. 8 en Rechtbank 's-Hertogenbosch 8 februari 2012, LJN BV3743.

niet alleen de schade bij mijn zoon mee, kan dit niet zonder consequenties blijven voor de heer (...)’ en ‘Ik verwijt de aangeklaagde, kort samengevat, dat hij (...) door zijn handelen verantwoordelijk is voor de lichamelijke en geestelijke handicap van (...)’, bezien in het licht van het kader waarin zij gebezigd waren (een tuchtprocedure), dat de klager niet alleen tuchtrechtelijke consequenties voor ogen stonden, maar óók civielrechtelijke aansprakelijkheid en schadevergoeding.²⁷⁸

Van belang om te vermelden is voorts dat – hoe samenhangend vorderingen ook mogen lijken – een daad van rechtsvervolging in de ene zaak niet zonder meer met zich brengt dat de verjaring in een andere zaak wordt gestuit.²⁷⁹

Zie voor een voorbeeld een zaak die werd voorgelegd aan de Hoge Raad in 2001. Tijdens een operatie in 1956 kreeg een patiënte door een laboratoriumfout bloed met een verkeerde rhesusfactor toegediend. Als gevolg daarvan had zij in 1959 en 1960 een doodgeboren kind ter wereld gebracht. Gebleken is op dat moment dat haar kans op het krijgen van kinderen praktisch nihil was. In 1991 heeft de patiënte het ziekenhuis aansprakelijk gesteld voor haar schade bestaande in onder meer onvrijwillige kinderloosheid. De dagvaarding was van 29 mei 1991. Zowel de Rechtbank als het Hof achtte de vordering van de patiënte verjaard. In cassatie werd het beroep van de patiënte verworpen. De patiënte stelde in 1996 het ziekenhuis opnieuw aansprakelijk. Het hof stelde vast dat de patiënte vergoeding vorderde van (a) doorlopende immateriële schade door het krijgen van doodgeboren kinderen en het gemis van (klein)kinderen, (b) doorlopende schade als gevolg van de medische noodzaak regelmatig een vitamine injectie bij zichzelf toe te dienen en van (c) de in 1988 ontstane immateriële schade als gevolg van het feit dat het ziekenhuis haar toen pas had ingelicht dat sprake was geweest van een onnodige menselijke fout. Het hof oordeelde dat de dagvaarding van 29 mei 1991 in de eerdere procedure niet als een daad van stuiting kon worden aangemerkt ten aanzien van de vordering onder c die volgens hem op een andere feitelijke en juridische grondslag rustte. Volgens de Hoge Raad was het hof door zo te oordelen uitgegaan van een juiste maatstaf.²⁸⁰

278 Rechtbank Arnhem 22 september 2010, *LJN* BP0330, rov. 4.8. Zie voor de bevestiging in hoger beroep Gerechtshof Arnhem 11 september 2012, *LJN* BX6567.

279 HR 15 april 2005, *LJN* AS2030 en HR 19 oktober 2001, *NJ* 2001, 655.

280 HR 19 oktober 2001, *NJ* 2001, 655.

De patiënt kan de verjaring van de rechtsvordering ook stuiten door een schriftelijke aanmaning of mededeling aan de hulpverlener waarin hij zich ondubbelzinnig het recht op schadevergoeding voorbehoudt, zo volgt uit artikel 3:317 BW.²⁸¹ Het is niet noodzakelijk de juridisch juiste grondslag te noemen.²⁸² Wel moet het voor de hulpverlener duidelijk zijn ten aanzien van welke vordering de patiënt wil stuiten.²⁸³ De eis van een schriftelijke aanmaning of mededeling geldt ook wanneer hulpverlener en patiënt in onderhandeling zijn. Het is echter niet uitgesloten dat het onder omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat de hulpverlener zich tegenover de patiënt op verjaring beroept, terwijl de namens hem optredende beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar reeds met de patiënt in onderhandeling is getreden.²⁸⁴

De verjaring van de rechtsvordering kan tot slot worden gestuit door een erkenning van de hulpverlener, zo kan worden afgeleid uit artikel 3:318 BW.²⁸⁵ Een erkenning van de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar mag de patiënt als erkenning door de hulpverlener beschouwen, indien de patiënt uit correspondentie van de hulpverlener heeft mogen afleiden dat deze de beoordeling en beslissing omtrent zijn aansprakelijkheid aan zijn beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar heeft overgelaten.²⁸⁶

7.4.3 *Verjaring bij productenaansprakelijkheid*

Artikel 6:191 BW kent een bijzondere verjaringsregel voor de rechtsvordering tot schadevergoeding jegens de producent van een gebrekking product. Deze rechtsvordering verjaart ingevolge artikel 6:191, eerste lid, BW door verloop van drie jaren na aanvang van de dag, volgende op die waarop de benadeelde met de schade, het gebrek en de identiteit van de producent bekend is geworden of had moeten worden. Ingevolge artikel 6:191, tweede lid, BW vervalt het recht op schadevergoeding door verloop van tien jaren na aanvang van de dag, volgende op die waarop de producent de zaak die de schade heeft veroorzaakt, in het verkeer heeft gebracht. Artikel 6:191 BW kent aldus, net als artikel 3:310 BW een lange en een korte verjaringstermijn en evenals bij artikel 3:310 BW het geval is, is de korte ver-

²⁸¹ HR 1 december 2000, *NJ* 2001, 46.

²⁸² HR 27 juni 2008, *NJ* 2008, 373.

²⁸³ HR 8 oktober 2010, *NJ* 2010, 545. Zie voor voldoende duidelijkheid ook HR 24 november 2006, *NJ* 2006, 642 en HR 18 september 2009, *NJ* 2009, 439.

²⁸⁴ HR 1 februari 2002, *NJ* 2002, 195 en het vervolg Gerechtshof Arnhem 25 november 2003, *NJ* 2004, 228. Zie ook HR 9 april 2010, *NJ* 2010, 214. Zie voor vertegenwoordiging door verzekeraar HR 13 december 2002, *NJ* 2003, 212 en HR 16 april 2010, *NJ* 2010, 229.

²⁸⁵ Zie voor erkenning HR 13 december 2002, *NJ* 2003, 212. Zie voorts J.L. Smeehuijzen, *De bevrijdende verjaring* (diss. VU Amsterdam), Deventer: Kluwer 2008, p. 278-279.

²⁸⁶ HR 13 december 2002, *NJ* 2003, 212. Zie voor vertegenwoordiging HR 10 januari 1992, *NJ* 1992, 606, met nt. M.M. Mendel. Zie ook HR 16 april 2010, *NJ* 2010, 229.

jaringstermijn een relatieve en de lange verjaringstermijn een absolute. Toch verschillen zij op punten van elkaar.

Ten eerste verschilt de lengte van de termijnen. Ten tweede is het vereiste van bekendheid met de schade, het gebrek en de identiteit van de producent niet aan een subjectieve bepaling onderhevig, maar is zij geobjectiveerd, hetgeen blijkt uit de woorden ‘had moeten worden’. Ten derde vangt de lange termijn reeds aan op het moment van het in het verkeer brengen van het product, hetgeen eerder zal zijn dan de datum van de schadeveroorzakende gebeurtenis. Een vierde verschil is gelegen in het feit dat de lange termijn van artikel 6:191 BW een vervaltermijn is en geen verjaringstermijn. Dit brengt met zich dat zij niet kan worden gestuit. De korte termijn kan wel worden gestuit.²⁸⁷

De verjaringsregimes van artikel 3:310 BW en 6:191 BW zijn in sommige situaties allebei van toepassing, bijvoorbeeld in het geval de vordering kan worden gebaseerd op zowel een toerekenbare tekortkoming of onrechtmatige daad van de hulpverlener als op de risicoaansprakelijkheid van de producent. In dat geval sluit artikel 6:191 BW niet uit dat na ommekomst van de verstreken termijn alsnog een vordering jegens de hulpverlener kan worden ingesteld op grond van een tekortkoming of onrechtmatige daad, zo volgt uit artikel 6:193 BW. In het geval de patiënt de hulpverlener op grond van artikel 6:74 BW in samenhang gelezen met artikel 6:77 BW aanspreekt – bijvoorbeeld vanwege een gebrekkige prothese – dan zal de patiënt echter goed in de gaten moeten houden dat wanneer de hulpverlener een beroep doet op de ‘tenzij’-clausule van artikel 6:77 BW en de patiënt naar de producent wordt verwezen, de patiënt uitsluitend te maken krijgt met het (strengere) verjaringsregime van artikel 6:191 BW (tenzij hij de producent aanspreekt op grond van een onrechtmatige daad). Dit kan ertoe leiden dat de patiënt zich aan de ene kant met een niet aansprakelijke hulpverlener geconfronteerd ziet en aan de andere kant met een verjaarde vordering.

Zie voor een voorbeeld ter verduidelijking van de consequenties een zaak waarin een gebroken ballonkatheter schade veroorzaakte. De patiënt had zowel de producent als het ziekenhuis aansprakelijk gesteld. De vordering op de producent bleek evenwel verjaard en bij het ziekenhuis ving de patiënt bot, omdat de rechtbank oordeelde dat het niet redelijk was het ziekenhuis aansprakelijk te houden voor de breuk van de katheter. De patiënt kwam aldus met lege handen te staan, terwijl op zich duidelijk was dat het niet zijn lichaam was dat invloed had gehad op de breuk van de katheter.²⁸⁸

²⁸⁷ Zie voor de wijze van stuiting par. 7.4.2.

²⁸⁸ Rechtbank 's-Hertogenbosch 21 juli 2010, *L&S* 2011, 125.

7.5 SIGNALERING VAN KNELPUNTEN IN VERBAND MET SCHADEVERGOEDING EN VERJARING

De verkenning van het civiele aansprakelijkheidsrecht tegen de achtergrond van zorggerelateerde schade werd in dit laatste hoofdstuk van het tweede deel afgesloten met een beschrijving en analyse van de schade van de patiënt die voor vergoeding in aanmerking komt. Tevens is beschreven en geanalyseerd welke door direct bij de patiënt betrokken personen geleden schade voor vergoeding in aanmerking komt. Tot slot is verkend op welke wijze verjaring van de vordering aan verhaal van schade in de weg kan staan. Het doel hiervan was te onderzoeken of zich op deze punten obstakels aandienen die een belemmering vormen voor het verhaal van schade.

Uit de analyse van het ‘schadevergoedingsrecht’ is gebleken dat de patiënt ingevolge de wettelijke bepalingen van Boek 6, titel 1, afdeling 10, BW recht heeft op een volledige vergoeding van zijn schade. Zijn schade kan zowel uit vermogensschade als uit ander nadeel (immateriële schade) bestaan. Onderdeel van de vermogensschade van de patiënt zijn de redelijke kosten ter vaststelling van schade en aansprakelijkheid en de redelijke kosten ter verkrijging van voldoening buiten rechte. Deze kosten komen voor vergoeding in aanmerking, wanneer er een grond voor afwenteling van de schade bestaat, zoals een tekortkoming van de hulpverlener. De patiënt zal dergelijke kosten dus eerst moeten voorschieten, hetgeen bij patiënten met een beperkte financiële draagkracht een probleem kan vormen, zeker als hij – ook bij aansprakelijkheid van de hulpverlener of producent – niet verzekerd is van een volledige vergoeding op dit punt. Dit laatste probleem kan ontstaan, omdat enerzijds alleen de *redelijke* kosten voor vergoeding in aanmerking komen, terwijl anderzijds onbepaald is wat redelijk is. De patiënt zal doorgaans akkoord gaan met het tarief en de werkzaamheden van zijn belangenbehartiger, terwijl de hulpverlener of producent er veelal andere ideeën op nahoudt als het op de redelijkheid van buitengerechtelijke kosten aankomt. Opgemerkt is dat mogelijk onvoldoende rekening wordt gehouden met de omstandigheid dat de patiënt zich veelal behoorlijk heeft moeten inspannen om aansprakelijkheid van de hulpverlener of producent aan te tonen en (de noodzaak tot) bijstand van een medisch deskundige geen uitzondering is, hetgeen kostenverhogend zal werken. Zaken in medische kwesties verschillen in die zin wezenlijk van het gemiddelde verkeersongeval, waar doorgaans de verkeersovertreding en vaak ook het causaal verband met het letsel vaststaat en de buitengerechtelijke kosten bij dezelfde gevolgschade dus lager kunnen uitpakken. Vooralsnog vormt de vergoeding van de buitengerechtelijke kosten niet zelden de reden voor verdeeldheid tussen de bij het verhaal van schade betrokken partijen, hetgeen ook aan de orde zal komen bij de analyse van de praktijk in het volgende hoofdstuk. Bovendien kunnen de omvang van de verwachte buitengerechtelijke kosten en de angst voor het uitblijven van een volledige vergoeding voor de patiënt een zodanige drempel opwerpen, dat

hij bij voorbaat of ten tijde van de onderhandelingen met de mogelijk aansprakelijke partij het verhaal van zijn schade staakt. De vergoeding van buitengerechtelijke kosten vormt dan ook een (groot) knelpunt.

Uit de analyse van de vergoeding van schade van derden is gebleken dat direct betrokkenen en nabestaanden ingevolge artikel 6:107 BW en artikel 6:108 BW slechts een beperkt recht hebben op vergoeding van hun schade. Direct betrokkenen die ten behoeve van de patiënt kosten maken, krijgen hun schade alleen vergoed wanneer het gaat om kosten die ook de patiënt van de aansprakelijke hulpverlener of producent had kunnen vorderen, de ‘verplaatste’ schade. Bood de betrokken persoon hulp, dan is een vergoeding alleen op zijn plaats indien deze hulp normaal en gebruikelijk door een professional zou zijn verricht. Het gevolg is dat bijvoorbeeld tijd gemoeid met het bezoek aan de patiënt niet voor vergoeding in aanmerking komt en voorts dat de vergoeding aan de derde niet hoger kan zijn dan de kosten die de patiënt aan een professional kwijt zou zijn geweest. Evenmin komt ander nadeel voor vergoeding in aanmerking. Een direct betrokkene dient dus een deel van zijn schade voor eigen rekening te nemen. Een en ander geldt op gelijke voet voor nabestaanden die alleen een recht op schadevergoeding hebben voor zover de nabestaande behoeftig is.

Een recht op vergoeding van shockschade hebben direct betrokkenen en nabestaanden wel, maar uit de rechtspraak betreffende medische aansprakelijkheidskwesties blijkt voorts nog niet van een toewijzing van een vordering tot vergoeding van shockschade. Gezien het bovenstaande is het aannemelijk dat het vergoedingssysteem een knelpunt vormt met name in schrijnende situaties, waarin door een fout van de hulpverlener een kind ernstig letsel oploopt en het gezin waarvan het kind deel uitmaakt langdurig in het teken van het beschadigde kind komt te staan. Dit wringt des te meer te meer wanneer dergelijke kwesties worden vergeleken met *wrongful birth*- en *wrongful life*-kwesties. Anders dan wettelijk vertegenwoordigers hebben de vrouwelijke patiënt en haar partner een recht op vergoeding van inkomensschade voor zover redelijk en een recht op vergoeding van ander nadeel. Weliswaar is de juridische positie van de vrouwelijke patiënt en haar partner in een *wrongful birth*- en *wrongful life*-situatie anders en vormt dit de verklaring voor de ruimere vergoedingsmogelijkheden, maar wordt louter gekeken naar de gevolgen, dan stuit een vergelijking op grote overeenkomsten.

Zowel de patiënt zelf als de betrokken derde die een recht op schadevergoeding heeft, kan verweren tegengeworpen krijgen met het doel de schadevergoedingsplicht ten opzichte van de patiënt of de betrokkene te doen verminderen. De afdwingbaarheid van het recht op schadevergoeding komt zelfs geheel te vervallen als blijkt dat de vordering van de patiënt is verjaard. De vordering verjaart echter pas vijf jaren nadat de patiënt daadwerkelijk bekend is geworden met de schade, de persoon van de hulpverlener, het feit dat de hulp-

verlener een norm heeft geschonden en het verband daarmee met de schade. Bovendien kan de verjaringstermijn tussentijds worden gestuit. Is de schade het gevolg van een gebrekkig product en is de producent aansprakelijk dan zal de patiënt evenwel te maken krijgen met een kortere verjaringstermijn van drie jaren na aanvang van de dag, volgende op die waarop de patiënt met de schade, het gebrek en de identiteit van de producent bekend is geworden of had moeten worden en verjaart de vordering in elk geval door het verstrijken van tien jaren na het in het verkeer brengen van het product. Een probleem kan zich aandienen wanneer de hulpverlener met een beroep op de uitzondering van artikel 6:77 BW de patiënt naar de producent verwijst: mogelijk vangt de patiënt bot als de vordering ten opzichte van de producent is verjaard en tegelijkertijd de hulpverlener aansprakelijkheid van de hand wijst. De patiënt dient dus tijdig te weten bij wie hij voor zijn schadevergoeding moet zijn en gebrek aan kennis op dit vlak vormt daarom een knelpunt.

Het verhaal van de patiënt eindigt als zijn schade is vergoed. Hoe verhaal van zorggerelateerde schade wettelijk is geregeld, is met dit hoofdstuk afgesloten. Hoe verhaal van zorggerelateerde schade in de praktijk vorm heeft, wordt in het volgende hoofdstuk beschreven en geanalyseerd.

DEEL III

8 VERHAAL VAN ZORGERELATEERDE SCHADE IN DE PRAKTIJK

8.1 INLEIDING

De onderzoeksvraag vereist naast een beschrijving en analyse van het civiele aansprakelijkheidsrecht een analyse van de wijze waarop verhaal van schade in de praktijk plaatsvindt. De praktijkanalyse wordt in dit hoofdstuk verricht en vormt het derde deel van het onderzoek. Ook dit betreft een juridisch procedurele analyse en geen empirische; onderzocht wordt hoe de in de vorige hoofdstukken gesignaleerde knelpunten zich manifesteren in de praktijk en of zich nieuwe – aan het verhaal van schade in de praktijk inherente – knelpunten voordoen door te bezien hoe het recht de praktijk reguleert en hoe in de praktijk met de bestaande regels wordt omgegaan.

De praktijk betreffende het verhaal van zorggerelateerde schade laat zich verdelen in twee ‘gangen’: het buitengerechtelijk traject en de gerechtelijke procedure. Het buitengerechtelijk traject is de eerste te beschrijven en te analyseren fase (par. 8.2). In de buitengerechtelijke fase bepalen met name de belangenbehartiger van de patiënt, de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar van de hulpverlener, de medisch adviseur(s) en de medisch deskundige(n) het proces. In het geval een gebrekkig product als (mede-)oorzaak van de schade is aan te wijzen, speelt de belangenbehartiger of de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar van de producent als vijfde partij een rol. De patiënt, de hulpverlener en de producent treden in deze fase terug en zullen doorgaans de afwikkeling van aansprakelijkheid en de schade aan voornoemde spelers overlaten.

De belangenbehartiger(s), de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar(s), de medisch adviseur(s) en de medisch deskundige(n) bekijken het incident vanuit verschillend perspectief en zij hebben uiteenlopende, soms tegengestelde, belangen die van invloed zijn op het proces dat moet worden gevolgd om het verhaal van schade te effectueren. Ingegaan wordt dan ook op de wijze waarop de belangenbehartiger van de patiënt, de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar van de hulpverlener, de medisch adviseur en de medisch deskundige aan hun rol invulling geven en hoe zij ‘kwaliteit’ leveren, waarbij ‘kwaliteit’ wordt onderscheiden in ‘productkwaliteit’, ‘proceskwaliteit’ en ‘systeemkwaliteit’. Productkwaliteit ziet op het uiteindelijke resultaat, proceskwaliteit op de wijze waarop het resultaat wordt gele-

verd en systeemkwaliteit op de wijze waarop de kwaliteit institutioneel wordt gewaarborgd.¹ In dit onderzoek zullen alle drie de kwaliteitsvormen centraal staan en wordt onderzocht of er 'kwaliteits' problemen zijn die mede debet kunnen zijn aan de omstandigheid dat in relatief weinig gevallen schade wordt verhaald. Om niet in herhaling te vervallen, wordt de rol van de (belangenbehartiger of aansprakelijkheidsverzekeraar van de) producent niet in een afzonderlijke paragraaf besproken. Dient zich evenwel een relevante afwijking aan, dan wordt deze beschreven.

Gelet voorts op het belang van de medische informatie over de patiënt bij de beoordeling van de aansprakelijkheid en het causaal verband wordt ook aandacht besteed aan de wijze waarop de belangenbehartiger van de patiënt, de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar van de hulpverlener, de medisch adviseurs en de medisch deskundige(n) met die medische informatie dienen om te gaan en wordt bezien of hierin obstakels met betrekking tot het verhaal van schade zijn gelegen. Daarnaast wordt ingegaan op de kosten die met deskundige bijstand zijn gemoeid, nu ook dit een aspect is dat van invloed is op het verhaal van schade: kunnen de wijze waarop de kosten over de patiënt en de hulpverlener of producent worden verdeeld en de omvang van de voor rekening van de patiënt komende kosten een zodanig obstakel vormen dat de patiënt afziet van verhaal van schade? Tot slot wordt ingegaan op twee procedures die tijdens het buitengerechtelijk traject kunnen plaatsvinden. Hoewel de buitengerechtelijke fase inhoudt dat verhaal van schade buiten een gerechtelijke procedure plaatsvindt, betekent dit geenszins dat niet ook in deze fase de hulp van de rechter kan worden ingeschakeld. Een veel voorkomende procedure in de buitengerechtelijke fase is het verzoek aan de rechter om een medisch deskundige opdracht te geven een deskundigenbericht uit te brengen. Een andere veel voorkomende procedure betreft die ingevolge de Wet Deelgeschilprocedure in letsel- en overlijdenszaken. Deze procedure beoogt het oplossen van deelgeschillen gedurende de buitengerechtelijke fase.

De gerechtelijke bodemprocedure in eerste aanleg is de tweede te beschrijven en te analyseren fase (par. 8.3). Niet in elke zaak komt het tot een bodemprocedure en de meeste zaken zullen buiten rechte worden afgedaan. Gezien de complexiteit van de aansprakelijkheid in medische zaken, de mogelijk principiële geschillen over aansprakelijkheid (normschending en causaal verband) en de mogelijke wens van de patiënt om genoegdoening te verkrijgen,² is het echter aannemelijk dat toch in een noemenswaardig aantal gevallen gebruik wordt gemaakt van de civiele rechter om het geschil tussen de patiënt en de

1 Zie uitvoerig W.C.T. Weterings, *Efficiëntere en effectievere afwikkeling van letselschadeclaims*. Een studie naar schikkingsonderhandelingen in de letselschadepraktijk, normering en geschiloplossing door derden (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 5-6 en R.J.J. Eshuis e.a., *Hulp bij juridische problemen*. Een verkennend onderzoek naar de kwaliteit van de dienstverlening van advocaten en rechtsbijstandverzekeraars, Cahier reeks, WODC, Den Haag 2012, p. 22-24.

2 Zie voor de behoeften van de patiënt hoofdstuk 2, par. 2.3.

hulpverlener en/of de producent definitief te beslechten.³ Omdat de meeste algemene processuele aspecten bekend worden verondersteld, dan wel daartoe andere literatuur voorhanden is, wordt niet ingegaan op alle mogelijke processuele kwesties van de bodemprocedure. Wel wordt ingegaan op de invloed van de procespartijen op het verhaal van de schade van de patiënt en wordt gezien of zich problemen aandienen die leiden tot de omstandigheid dat de patiënt van verhaal van schade afziet of dat zijn vordering wordt afgewezen. Beschreven en geanalyseerd worden de rol van de patiënt, de rol van de hulpverlener en in het bijzonder zijn recht op verschoning om een getuigenis af te leggen, de rol van de producent, de rol van de civiele rechter en de rol van de gerechtelijk medisch deskundige. Wat de rechter en de gerechtelijk medisch deskundige betreft, wordt tevens ingegaan op de vraag hoe hun kwaliteit wordt gewaarborgd. Vervolgens komt aan bod hoe de procespartijen en de medisch deskundige met medische informatie over de patiënt in de bodemprocedure behoren om te gaan. De kosten van de bodemprocedure komen evenzeer aan bod en wederom wordt gezien of deze kosten een belemmering kunnen vormen bij het verhaal van schade.

Niet aan de orde komt de procedure bij de Geschillencommissie Zorginstellingen, nu van deze procedure vooralsnog weinig gebruik wordt gemaakt en de relevantie van een nadere bespreking daarom marginaal is. De meest belangrijke processuele aspecten zijn reeds besproken.⁴

Het hoofdstuk wordt afgesloten met een signalering van knelpunten (par. 8.4).

3 In 'gewone' aansprakelijkheidszaken wordt het percentage gerechtelijke afdoeningen geschat op 4 tot 4,9%: B.C.J. van Velthoven en M.J. ter Voert, *Geschilbeslechtingdelta 2003*, WODC, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 14 en B.C.J. van Velthoven en C.M. Klein Haarhuis, *Geschilbeslechtingdelta 2009*, WODC, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 82. Zie ook W.C.T. Weterings, *Efficiëntere en effectievere afwikkeling van letselschadeclaims. Een studie naar schikkingsonderhandelingen in de letselschadepraktijk, normering en geschiloplossing door derden* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 26, die stelt dat 95-99% van de letselschadezaken buiten de rechter om worden afgedaan. Weterings stelt voorts dat geschilbeslechting door de rechter met name wordt gekozen in die gevallen waarin de aansprakelijkheid onzeker is, de wederpartij niet onderhandelingsgezind is, de eisende partij genoegdoening wenst en precedentwerking wordt nagestreefd, zie p. 41. Uit onderzoek van het WODC naar vorderingen die bij de rechter worden ingediend, blijkt dat er in 2003 22 zaken ter zake medische fouten aan de bodemrechter werden voorgelegd, zie R.J.J. Eshuis, *Claims bij de rechtbank*, WODC, Den Haag 2003.

4 Zie hoofdstuk 2, par. 2.4.3.

8.2 HET BUITENGERECHTELIJK TRAJECT

8.2.0 *Opmerkingen vooraf*

Nadat de patiënt een incident is overkomen, kan hij zich tot een belangenbehartiger wenden. De rol van de belangenbehartiger en het waarborgen van diens kwaliteit zijn onderwerp van de eerste subparagraaf (par. 8.2.1). De belangenbehartiger zal de hulpverlener als onderdeel van zijn werkzaamheden namens de patiënt schriftelijk aansprakelijk stellen. In nagenoeg alle gevallen verwijst de hulpverlener de patiënt naar zijn beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar. De patiënt krijgt op dat moment met een nieuwe partij te maken, die (grote) invloed heeft op het verhaal van zijn schade. Om die reden komt in deze paragraaf als tweede onderwerp de rol van de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar van de hulpverlener aan bod, evenals het waarborgen van de kwaliteit van deze verzekeraar (par. 8.2.2). Ter uitvoering van de overeenkomst van opdracht tot juridische bijstand maakt zowel de belangenbehartiger van de patiënt als de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar van de hulpverlener gebruik van een medisch adviseur. Op basis van zijn advies wordt een juridische vertaalslag gemaakt naar een mogelijke tekortkoming van de hulpverlener, het juridisch causaal verband met de schade van de patiënt en de omvang van de te vergoeden schade. De rol van de medisch adviseurs en het waarborgen van hun kwaliteit is daarom onderwerp van de derde subparagraaf (par. 8.2.3). Onderwerp van de vierde subparagraaf is de rol en de kwaliteit van de (onafhankelijk) medisch deskundige (par. 8.2.4). Ook zijn advies is van cruciaal belang bij het verhaal van schade. Het vijfde onderwerp dat van belang is in het buitengerechtelijk traject ziet op de omgang met de medische informatie. Medische informatie is onontbeerlijk bij de beoordeling van de aansprakelijkheid van de hulpverlener en onduidelijkheden over het verkrijgen en verstrekken ervan vormen mogelijk een obstakel bij de schadeafwikkeling. Om deze reden wordt de wijze waarop de belangenbehartiger, de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar, de medisch adviseur(s) en de medisch deskundige met de medische informatie moeten omgaan, beschreven en geanalyseerd (par. 8.2.5). Vervolgens worden de kosten van het buitengerechtelijk traject geanalyseerd (par. 8.2.6). Onderwerp van de laatste subparagraaf zijn het verzoek aan de rechter om een voorlopig deskundigenbericht te gelasten en het verzoek aan de rechter om een deelgeschil te beslechten (par. 8.2.7).

8.2.1 *De belangenbehartiger in het buitengerechtelijk traject*

8.2.1.1 **De rol van de belangenbehartiger van de patiënt**

Gezien de complexiteit van (geschillen betreffende) medische kwesties en de emotionele betrokkenheid van de patiënt bedient de patiënt zich bij het verhalen van zijn schade

doorgaans van rechtsbijstand.⁵ De patiënt heeft daarbij de keuze of hij zich tot een advocaat wendt of tot een andere belangenbehartiger, bijvoorbeeld een letselschadebureau of een jurist van de rechtsbijstandverzekeraar. Tussen de patiënt die zich tot een belangenbehartiger wendt met het verzoek hem bij te staan en de belangenbehartiger die daarmee instemt, ontstaat een overeenkomst van opdracht, waarop de bepalingen van Boek 7, titel 7, afdeling 1, BW van toepassing zijn. Wordt rechtsbijstand verleend door een rechtsbijstandverzekeraar, dan ligt daaraan een verzekeringsovereenkomst als bedoeld in Boek 7, titel 17, afdeling 1, BW ten grondslag.

Uit onderzoek van Stichting De Ombudsman blijkt dat in ruim de helft van de zaken (55,2%) de respondenten in dat onderzoek zich hadden laten bijstaan door een belangenbehartiger. In bijna 60% van die gevallen (59,4%) was dat een advocaat. In 29,5% werd de bijstand verzorgd door een rechtsbijstandverzekeraar.⁶

De rechtsverhouding tussen de belangenbehartiger en de patiënt brengt met zich dat de belangenbehartiger bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed opdrachtnemer in acht dient te nemen, zo volgt uit artikel 7:401 BW. Anders gezegd, bij de uitvoering van zijn werkzaamheden dient de belangenbehartiger zich te gedragen als een redelijk bekwaam en redelijk handelend belangenbehartiger.⁷ Hoewel dit niet met zoveel woorden in de wettekst betreffende de verzekeringsovereenkomst is opgenomen, geldt ook voor de rechtsbijstandverzekeraar dat hij dient te handelen als een redelijk bekwaam en redelijk handelend rechtshulpverlener.⁸ Deze norm is van gelijke orde als de norm waaraan de hulpverlener ten opzichte van de patiënt dient te voldoen en ook voor de belangenbehartiger geldt dat de norm, voor zover mogelijk, nader moet worden ingevuld met behulp van wetgeving, (gedrags)regels, normen die door de (tucht)rechter zijn geformuleerd en gedragscodes. Schiet de belangenbehartiger op enigerlei manier tegenover de patiënt tekort

5 In 'gewone aansprakelijkheidszaken wordt het percentage personen dat zich van rechtsbijstand bedient, geschat op 44%- 52%, zie B.C.J. van Velthoven en M.J. ter Voert, *Geschilbeslechtsingsdelta* 2003, WODC, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 14 en B.C.J. van Velthoven en C.M. Klein Haahrhuis, *Geschilbeslechtsingsdelta* 2009, WODC, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 82. In medische zaken zal dat percentage, gezien de complexiteit van de zaken, hoger liggen. Zie voor de relatie complexiteit en inschakelen van rechtshulp B.C.J. van Velthoven en C.M. Klein Haahrhuis, *Geschilbeslechtsingsdelta* 2009, WODC, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 121.

6 Stichting De Ombudsman, *Over leven in de medische letselschadepraktijk*, 2008.

7 Zie bijvoorbeeld HR 7 maart 2003, *NJ* 2003, 302; Gerechtshof Leeuwarden 8 maart 2006, *LJN* BB2834 (tussenonnis); Gerechtshof Leeuwarden 5 september 2007, *LJN* BB3156 (eindvonnis); Rechtbank Amsterdam 15 juli 2009, *LJN* BJ7574 en Rechtbank Rotterdam 17 maart 2010, *LJN* BL8874 betreffende de gespecialiseerde advocaat.

8 Zie bijvoorbeeld Rechtbank Amsterdam 10 oktober 2007, *LJN* BB7164; Rechtbank Amsterdam 30 januari 2008, *LJN* BD7591 en Rechtbank Amsterdam 18 juni 2008, *LJN* BD6618.

in zijn verplichting zich als redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot te gedragen, dan is hij ingevolge artikel 6:74 BW aansprakelijk voor de schade die de patiënt daardoor lijdt.

De norm waaraan de advocaat zich moet houden, wordt ingevuld door de Advocatenwet,⁹ evenals door de standaarden en verordeningen van de Nederlandse Orde van Advocaten (NOvA).¹⁰ Voorts wordt de norm ingevuld door tuchtrechtelijke uitspraken van de Raden van Discipline en het Hof van Discipline en door de Gedragsregels '1992'.¹¹ De advocaat die zich op professioneel niveau met letselschadezaken bezig houdt, is in de meeste gevallen lid van de Vereniging van Letselschade Advocaten 'LSA'. Een advocaat wordt tot deze vereniging toegelaten, als hij voldoet aan een aantal eisen. De advocaat moet bijvoorbeeld minimaal vijf jaar praktiserend zijn en beschikken over een ruime ervaring op het gebied van letselschade en overlijdensschade. Daarnaast is vereist dat hij met succes de Grotius-opleiding Personenschade heeft afgerond.¹² LSA-advocaten zijn verplicht om door middel van een permanente opleiding hun kennis bij te houden.¹³ De advocaten die zich uitsluitend bezig houden met de belangenbehartiging van slachtoffers zijn verenigd in de vereniging van Advocaten voor Slachtoffers van Personenschade 'ASP'.¹⁴ Ook ASP-advocaten moeten aan strenge eisen voldoen, teneinde de kwaliteit van belangenbehartiging hoog te houden. Dergelijke vereisten zullen de norm nader invullen.

Wat rechtsbijstandverzekeraars en zelfstandige schaderegelingskantoren als bedoeld in artikel 4:65 van de Wet op het financieel toezicht (Wft)¹⁵ betreft, wordt de norm waaraan de belangenbehartiger zich moet houden ingevuld aan de hand van de eisen die voor de hele verzekeringsbranche gelden. Zo is per 1 april 2011 een Kwaliteitscode Rechtsbijstand ingevoerd. Deze bindende zelfregulering is van toepassing op alle rechtsbijstandverzekeraars en juridisch zelfstandige schaderegelingskantoren die lid, dan wel buitengewoon lid zijn van het Verbond van Verzekeraars. Het Verbond van Verzekeraars zelf vervult

9 Wet van 23 juni 1952, Stb. 1952, 365. De bevoegdheden en verplichtingen van de advocaat worden geregeld in paragraaf 2 van die wet.

10 De NOvA stelt onder meer eisen aan de kantoororganisatie en de dienstverlening aan cliënten, vastgelegd in de Kwaliteitsstandaard op de kantoororganisatie 2007, zie uitvoeriger R.J.J. Eshuis e.a., Hulp bij juridische problemen. Een verkennend onderzoek naar de kwaliteit van de dienstverlening van advocaten en rechtsbijstandverzekeraars, Cahier reeks, WODC, Den Haag, 2012, p. 81-82.

11 Zie voor de Gedragsregels 1992 Nederlandse Orde van Advocaten, Vademecum Advocatuur, Deel I en II, 2010, p. 320 e.v. De tekst is ook in te zien via de website <www.advocatenorde.nl>.

12 Zie de website van de Radboud Universiteit Nijmegen <www.ru.nl>.

13 Zie de website van de LSA <www.lsa.nl>.

14 Zie de website van de ASP <www.asp-advocaten.nl>.

15 Wet van 28 september 2006, Stb. 2006, 475.

onder meer de rol van kennis- en informatiecentrum voor de branche. De norm wordt voorts ingevuld door de eisen zoals verwoord in het Keurmerk Klantgericht Verzekeren dat is gericht op de dienstverlening en klantgerichtheid van verzekeraars.

Wat letselschadebureaus – niet zijnde advocatenkantoren of rechtsbijstandverzekeraars – betreft, wordt de norm waaraan de belangenbehartiger zich moet houden, ingevuld door de eisen van Stichting Keurmerk letselschade voor zover de belangenbehartigers bij dit keurmerk zijn aangesloten. De Stichting Keurmerk Letselschade ontwikkelt en handhaaft kwaliteitsnormen voor rechtshulpverleners die actief zijn in letselschadezaken. De eisen gelden ook voor aangesloten advocaten. Daarnaast zijn enkele letselschadebureaus lid van het Nederlands Instituut van Schaderegelaars (NIS) en/of het Nederlands Instituut Van Register Experts (NIVRE). Deze beroepsverenigingen verzorgen opleidingen en kennen toelatingseisen, die op hun beurt voor de invulling van de norm van belang zijn.

Een laatste belangrijke bron die de norm waaraan de belangenbehartiger zich moet houden invult, is de Gedragscode Openheid medische incidenten; betere afwikkeling Medische Aansprakelijkheid (GOMA), in het bijzonder de daarin verwoorde aanbevelingen 10, 12, 14, 18 en 19.¹⁶ De GOMA geldt voor alle belangenbehartigers die zich met de afwikkeling van medische aansprakelijkheidskwesties bezig houden en die de GOMA hebben onderschreven.¹⁷

Tot de werkzaamheden van de belangenbehartiger behoort ten eerste het vergaren van bewijs; de patiënt dient immers zowel de normschending of het gebrek in het product als het *condicio sine qua non*-verband met zijn schade te stellen en te bewijzen. In het kader van de beoordeling van het handelen van de hulpverlener bestaat het bewijs voornamelijk uit het patiëntendossier.¹⁸ Ditzelfde geldt voor de beoordeling van de risicoaansprakelijkheid van de producent, al zal daarnaast tevens informatie over het productieproces van belang zijn. Ander bewijs is gelegen in onderzoeksrapporten van de Inspectie voor de Gezondheidszorg (IGZ), in een strafrechtelijk dossier of strafrechtelijk vonnis, in een uitspraak van de klachtencommissie of de tuchtrechter en in informatie van het ziekenhuis zelf,

16 De Letselschade Raad, Gedragscode Openheid medische incidenten; betere afwikkeling Medische Aansprakelijkheid (GOMA), Den Haag, derde druk, maart 2012.

17 Opgemerkt wordt dat advocaten bijvoorbeeld de GOMA niet kunnen onderschrijven, omdat dit in geding komt met hun onafhankelijkheid. Desalniettemin zullen de uitgangspunten wel worden onderschreven.

18 De patiënt heeft ingevolge artikel 7:456 BW recht op een afschrift van het patiëntendossier van zijn hulpverlener en kan zijn advocaat een volmacht verstrekken, teneinde namens hem het patiëntendossier op te vragen, zie hoofdstuk 3, par. 3.4.3.2. De hulpverlener bij wie de informatie wordt opgevraagd, mag voor het verstrekken ervan een redelijke vergoeding vragen, zie KNMG, Richtlijnen inzake het omgaan met medische gegevens, Utrecht 2010, bijlage 2.

waarbij wordt gedoeld op de feitenrelazen in het kader van een MIP-melding of in het kader van een melding aan de IGZ, en op protocollen of richtlijnen die het ziekenhuis heeft opgesteld. Krijgt de belangenbehartiger niet de beschikking over deze stukken, dan heeft hij ingevolge artikel 843a van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) de mogelijkheid om zich tot de rechter te wenden met een verzoek tot afgifte van de bescheiden.¹⁹ Ook heeft hij de mogelijkheid om een beroep te doen op de Wet openbaarheid van bestuur (Wob).²⁰ Ingevolge de Wob heeft een ieder het recht om bij het bestuursorgaan een verzoek om informatie neergelegd in een document over een bestuurlijke aangelegenheid, in te dienen, aldus artikel 3, eerste lid, Wob. Ingevolge artikel 2, aanhef en onder c, van het Besluit bestuursorganen Wet Nationale ombudsman en Wet openbaarheid van bestuur in samenhang gelezen met artikel 1a, tweede lid, Wob, is een academisch ziekenhuis een bestuursorgaan. Het middel kan dus worden gebruikt ter verkrijging van bijvoorbeeld een rapport van de IGZ over het functioneren van een academisch ziekenhuis. De Wob gaat uit van openbaarheid van overheidsinformatie, zulks gelet op het daarmee gemoeide publieke belang, maar bij een onevenredige benadeling van de hulpverlener kan openbaarheid achterwege blijven (artikel 10 Wob).

Voor een voorbeeld van een door de rechter (marginaal) getoetste belangenafweging in het kader van een Wob-verzoek wordt gewezen op een uitspraak van de Rechtbank Utrecht. Het verzoek had betrekking op de openbaarmaking van alle bescheiden die betrekking hadden op het overlijden van het kind van de verzoekers, welk overlijden het gevolg was van een vermoede medische fout. Het verzoek was door de IGZ ingewilligd, doch stuitte op bezwaar van het Universitair Medisch Centrum. Het Universitair Medisch Centrum betrok daarop de Minister van VWS in een procedure. De rechtbank was van oordeel dat de Minister van VWS bij de afweging van de betrokken belangen in redelijkheid had kunnen besluiten om de gevraagde informatie openbaar te maken. Er was geen sprake van een negatieve weerslag op de persoonlijke levenssfeer van de hulpverleners en evenmin van een onevenredige benadeling van de bij de aangelegenheid betrokken natuurlijke of rechtspersonen dan wel derden. Het beroep van het Universitair Medisch Centrum werd ongegrond geacht.²¹

19 Artikel 843a Rv is aan een voorstel tot wetswijziging onderhevig. Daarvoor in de plaats komen de artikelen 162a Rv tot en met 162c Rv. Zie Kamerstukken II 2011/12, 33079, nr. 2 (Voorstel van Wet) en de opvolgende Kamerstukken. De patiënt heeft geen recht op inzage in correspondentie tussen de hulpverlener en de aansprakelijkheidsverzekeraar, zo volgt uit Gerechtshof Arnhem 7 augustus 2012, *LJN* BX4091 naar aanleiding van een 843a Rv verzoek.

20 Wet van 31 oktober 1991, Stb. 1992, 185.

21 Rechtbank Utrecht 10 oktober 2002, *LJN* AE8470. Zie voor vergelijkbare voorbeelden Rechtbank Arnhem 6 maart 2008, *LJN* BC9172 en Rechtbank 's-Hertogenbosch 26 juli 2010, *LJN* BN3026.

Tot de werkzaamheden behoort voorts het adviseren van de patiënt: de belangenbehartiger zal, indachtig het verkregen bewijs, de patiënt moeten adviseren over wie aansprakelijk te stellen – is dat het ziekenhuis of een arts en welke,²² of is dat de producent –, de haalbaarheid van een oplossing buiten rechte en over de mogelijkheden in een procedure. Voorts dient hij de patiënt te informeren over de zwakheden van zijn zaak (andere gebeurtenis als oorzaak van de schade, verjaring en dergelijke) en over mogelijke andere acties, zoals een (tucht)klacht of een aangifte en het inlichten van de media. Tot slot dient hij de patiënt te informeren over de met zijn acties en die van zijn medisch adviseur gemoeide kosten, de eventuele kosten van een deskundige, over het tijdsplan en het plan van aanpak.²³

Is het voor de belangenbehartiger en de patiënt duidelijk dat er een aansprakelijke hulpverlener is, dan volgt een aansprakelijkstelling van die hulpverlener.²⁴ Daarna treedt de belangenbehartiger in overleg met de hulpverlener, of – in de meeste gevallen – met de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar van de hulpverlener en de door die verzekeraar ingeschakelde schade-expert. Is er een aansprakelijke producent aan te wijzen, dan zal de aansprakelijkstelling de producent betreffen en wordt in overleg getreden met de producent of diens belangenbehartiger, dan wel beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar. De belangenbehartiger en de verzekeraar, of de belangenbehartiger en de producent, zullen vervolgens op basis van de (interpretatie van) de bewijsstukken, zoals het patiëntendossier, protocollen of gegevens over het productieproces, debatteren over de aansprakelijkheid, het juridisch causaal verband en de te vergoeden schade. Eenstemmigheid over die punten vergt in veel gevallen een medisch deskundigenbericht, soms een rechter die knopen doorhakt,²⁵ doch veelal ook een traject van ‘goed’ onderhandelen. Letselschaderegelen *is* onderhandelen, wordt door sommigen zelf als uitgangspunt gehanteerd.²⁶ ‘Goed’ onderhandelen houdt in dat de uiteenlopende en tegengestelde belangen van de patiënt en de hulpverlener en/of de producent op een respectvolle en bevredigende manier worden overbrugd, dan wel dat partijen het in ieder geval eens worden over de te ondernemen stappen teneinde de tegenstelling op een bevredigende wijze te overbruggen.

22 De keuze is van belang voor de mogelijkheid van verhaal, maar bijvoorbeeld ook in het kader van het horen van getuigen als vorm van bewijslevering: wie is partijgetuige?

23 Een en ander volgt uit artikel 7:403 BW en aanbeveling 10 GOMA. De verplichting voor de advocaat om informatie op schrift te stellen volgt uit Gedragsregel 8.

24 Ingevolge aanbeveling 12 GOMA is de aansprakelijkheid gemotiveerd en onderbouwd en worden, wanneer mogelijk, medische en feitelijke gevolgen van de fout omschreven.

25 Zie par. 8.2.7.2 inzake de mogelijkheid om in de buitengerechtelijke fase een deelgeschil aan de rechter voor te leggen waarna partijen zelf verder kunnen onderhandelen.

26 W.C.T. Weterings, *Efficiëntere en effectievere afwikkeling van letselschadeclaims. Een studie naar schikkingsonderhandelingen in de letselschadepraktijk, normering en geschiloplossing door derden* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 26.

Onderhandelen kent vele aspecten, zoals de beïnvloeding van de machtsbalans tussen verzekeraar en patiënt, het gedrag van de onderhandelaar, de wederzijdse afhankelijkheid, het verschil tussen argumenteren en onderhandelen, het ‘ritueel’ dat moet worden uitgevoerd om een bevredigend gevoel over te houden en het discomfort van elk resultaat. Er bestaan meerdere onderhandelingsmethoden, die al naar gelang de specifieke kenmerken van een zaak kunnen worden ingezet.²⁷

Wanneer de belangenbehartiger, namens de patiënt, en de aansprakelijkheidsverzekeraar, namens de hulpverlener, na de onderhandelingen een akkoord hebben kunnen bereiken over de aan de patiënt te vergoeden schade, dan worden de afspraken vastgelegd in een vaststellingsovereenkomst, als bedoeld in artikel 7:900 BW. Wettelijk vertegenwoordigers van een minderjarige patiënt behoeven daartoe een machtiging van de kantonrechter, aldus artikel 1:345 BW in samenhang gelezen met artikel 1:253k BW respectievelijk artikel 1:349 BW in samenhang gelezen met artikel 1:253k BW. Veelal houdt de afspraak tussen de patiënt en de hulpverlener in dat de schade van de patiënt op een bepaald (netto²⁸) bedrag wordt begroot en dat de aansprakelijkheidsverzekeraar van de hulpverlener zich verplicht om de vergoeding binnen een bepaald tijdsbestek aan de patiënt te betalen. Is de wederpartij van de patiënt de producent, dan zal eveneens worden gestreefd naar een vaststellingsovereenkomst. Bijzonder aan productaansprakelijkheid is dat door een gebrekkig product van één producent een zeer groot aantal patiënten tegelijk schade kunnen ondervinden.²⁹ Kenmerkend voor deze ‘massaschades’ is dat veelal wordt gekozen voor een collectieve afwikkeling van de schade van de patiënten. Een mogelijkheid voor afwikkeling van massaschade heeft als basis de artikelen 7:907 tot en met 7:910 BW, ook

27 Zie uitvoerig W.C.T. Weterings, *Efficiëntere en effectievere afwikkeling van letselschadeclaims. Een studie naar schikkingsonderhandelingen in de letselschadepraktijk, normering en geschiloplossing door derden* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004.

28 Zie over de netto-uitkering onder meer HR 25 februari 1994, *NJ* 1995, 608, met nt. C.J.H. Brunner. Zie ook T.J.M. van Schendel, ‘Vergoeding van inkomensschade bij een ongeval’, *WFR* 2007/6716, p. 437-446 en R.M.J.T. van Dort, ‘De fiscus en vergoeding van letselschade; verschil van inzicht blijft’, *VR* 2008, nr. 4, p. 102-105.

29 Een voorbeeld daarvan betreft de Softenon-zaak, waarbij als gevolg van een gebrek van het medicijn Softenon wereldwijd vijftienduizend baby’s met afwijkingen werden geboren. Een ander voorbeeld betreft de schade die het slaapmiddel Halcion veroorzaakte. Ook in dat geval waren er meerdere slachtoffers. Ook viel een groot aantal slachtoffers door gebrekkige hartkleppen van Björk Shiley, door gebrekkige borstimplantaten van Dow Corning en Poly Implant Prothèse, door gebrekkige heupen van DePuy en door gebrekkige ICD-leads van St. Jude.

de Wet collectieve afwikkeling massaschade (Wcam) genoemd.³⁰ Enkele specifieke proces-rechtelijke bepalingen zijn opgenomen in titel 14 van het Derde Boek, Rv.³¹

Zijn de patiënt en de (beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar van de) hulpverlener of producent de vaststellingsovereenkomst nagekomen, dan wordt het buitengerechtelijke traject afgesloten. Met name indien het traject tot uitkering van een omvangrijk bedrag heeft geleid, zal de patiënt wel nog begeleiding nodig hebben bij de belegging van zijn vergoeding. Veelal gebeurt dit door een door de patiënt uitgekozen financiële instelling, waarmee de belangenbehartiger van de patiënt doorgaans geen bemoeienis heeft.

8.2.1.2 De (waarborgen voor) kwaliteit van de belangenbehartiger

Het voorgaande toont dat in de verhouding tussen de belangenbehartiger en de patiënt het de belangenbehartiger is die de regie bepaalt. Hoewel deze laatste niets mag doen tegen de wil van de patiënt,³² en hij uitsluitend met het oog op het belang van de patiënt moet handelen,³³ betekent dit dat de wijze waarop rechtsbijstand aan de patiënt wordt verleend in combinatie met de omstandigheid dat de patiënt moet stellen, het bewijsmoet leveren en de aansprakelijkheid moet formuleren – en daarom de kwaliteit van de belangenbehartiger – van cruciaal belang is voor het verhaal van schade. Dit maakt dat de patiënt niet alleen in het kader van de zorgrelatie een van een deskundig persoon – de hulpverlener (of de producent) – afhankelijke positie inneemt, maar evenzeer in het kader van het verhaal van schade.³⁴ Zorgwekkend is dan ook, dat uit onderzoek blijkt van problemen bij het

30 Wet van 23 juni 2005 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering teneinde de collectieve afwikkeling van massaschades te vergemakkelijken (Wet collectieve afwikkeling massaschade), Stb. 2005, 340. Zie voorts Kamerstukken II 1991/92, 22486, nr. 3, p. 30 (MvT) en Kamerstukken II 2003/04, 29414, nr. 3, p. 5-6 (MvT). Zie voor een bespreking van de Wcam en de voordelen ten opzichte van artikel 3:305a BW: G. van Dijk, K. van Doorn en I. Tzankova, 'Reguleren van de afwikkeling van massaschade', *NJB* afl. 21/2011, p. 1383-1389. Zie voor een bespreking ook D. Ozmis en I.N. Tzankova, 'De evaluatie van de WCAM: de kernthema's uitgelicht', *TCR* 2012, nr. 2, p. 33-42. De directe aanleiding voor de totstandkoming van de Wcam vormde de DES-zaak (HR 9 oktober 1992, *NJ* 1994, 535, met nt. C.J.H. Brunner), zie Kamerstukken II 2003/04, 29414, nr. 3, p. 1 (MvT). Kort na inwerkingtreding van de Wcam werd de DES-schikking aan het hof voorgelegd en op 1 juni 2006 werd zij verbindend verklaard, zie Gerechtshof Amsterdam 1 juni 2006, *NJ* 2006, 461.

31 Inmiddels is de Wcam geëvalueerd, zie Kamerstukken II 2008/09, 31762, nr. 1 (Brief van de Minister van Justitie). De bevindingen waren voor de Minister van Justitie aanleiding tot onder meer invoering van de mogelijkheid tot het houden van een preprocesuele comparitie. Het wetsvoorstel daartoe is op 20 december 2011 ingediend bij de Tweede Kamer: Kamerstukken II 2010/11, 33126, nr. 1 (KB) en nr. 2 (Voorstel van Wet). Zie voorts Kamerstukken II 2012/13, 33126, nr. 8 (Nota van wijziging).

32 Zie voor advocaten artikel 10 Advocatenwet en zie ook Gedragsregel 9: de advocaat draagt de volle verantwoordelijkheid van de zaak.

33 Zie voor advocaten Gedragsregel 5.

34 Zie ook R.W.M. Giard, *Dokteren aan het aansprakelijkheidsrecht* (oratie Rotterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012, p. 1, 2, 9, 33-35 en N.A. Elbers, K.A.P.C. van Wees en A.J. Akkermans, 'Hij schreef dat hij contact op zou nemen zodra hij de tegenpartij had gesproken: letselschadeslachtoffers over hun belangenbehartiger', *TVP* 2012, nr. 3, p. 102-113.

leveren van kwaliteit; leidt onvoldoende bijstand tot een negatieve beïnvloeding van het schadeafwikkelingsproces, dan blijkt dat proces voor de patiënt zeer belastend te kunnen zijn en zelfs herstelbelemmerend werken. Ook valt te verwachten dat de patiënt geen optimale schadevergoeding krijgt.³⁵

Op het niveau van de ‘productkwaliteit’ blijkt uit onderzoek, in het bijzonder ten aanzien van de advocaat, van angst voor hoge kosten en slepende procedures wat de toegang tot de advocatuur belemmert.³⁶ Hoewel het onderzoek niet specifiek voor medische zaken geldt, is het niet aannemelijk dat het op dat terrein anders zou zijn. Op het niveau van de ‘proceskwaliteit’ blijkt ook van problemen: advocaten stellen zich nogal eens passief op en de cliënt wordt onvoldoende betrokken bij de rechtshulpverlening.³⁷ Ook zou onvoldoende duidelijk worden gemaakt over welk specialisme de advocaat beschikt.³⁸ Uit onderzoek blijkt voorts van tekortkomingen in kennis en vaardigheden.³⁹ Opmerkelijk is dat aan het vak ‘onderhandelen’ als onderdeel van de kwaliteitsborging geen aandacht wordt besteed in de specialisatieopleiding die advocaten op het gebied van de personenschade kunnen volgen, terwijl het een belangrijk onderdeel is van het verhaal van schade, zo bleek.⁴⁰ Hun onderhandelingskwaliteit hangt dus af van de eigen wens zich in dit aspect te bekwamen. Een onderwerp dat bij de opleidingen ook nauwelijks aan bod komt, is de interactie met

-
- 35 Dat een slechte belangenbehartiging een negatieve uitwerking heeft op het verhaal van schade blijkt bijvoorbeeld uit het rapport van de Stichting De Ombudsman, Letselschaderegeling ‘Onderhandelen met het mes op tafel, of een zoektocht naar de redelijkheid’, 2003. Zie voorts J.L. Smeehuijzen, ‘Schadevergoeding wegens onzorgvuldige afwikkeling van letselschadevorderingen’, *NTBR* 2009/44, p. 328-340; N.A. Elbers, K.A.P.C. van Wees en A.J. Akkermans, ‘Hij schreef dat hij contact op zou nemen zodra hij de tegenpartij had gesproken: letselschadeslachtoffers over hun belangenbehartiger’, *TVP* 2012, nr. 3, p. 102-113.
- 36 R.J.J. Eshuis e.a., Hulp bij juridische problemen. Een verkennend onderzoek naar de kwaliteit van de dienstverlening van advocaten en rechtsbijstandverzekeraars, Cahier reeks, WODC, Den Haag 2012, p. 60 en 105.
- 37 R.J.J. Eshuis e.a., Hulp bij juridische problemen. Een verkennend onderzoek naar de kwaliteit van de dienstverlening van advocaten en rechtsbijstandverzekeraars, Cahier reeks, WODC, Den Haag 2012, p. 32-36; Stichting De Ombudsman, Over leven in de medische letselschadepraktijk, 2008, p. 48 en N.A. Elbers, K.A.P.C. van Wees en A.J. Akkermans, ‘Hij schreef dat hij contact op zou nemen zodra hij de tegenpartij had gesproken: letselschadeslachtoffers over hun belangenbehartiger’, *TVP* 2012, nr. 3, p. 102-113.
- 38 N.A. Elbers, K.A.P.C. van Wees en A.J. Akkermans, ‘Hij schreef dat hij contact op zou nemen zodra hij de tegenpartij had gesproken: letselschadeslachtoffers over hun belangenbehartiger’, *TVP* 2012, nr. 3, p. 102-113.
- 39 R. Vogels, De kwaliteit van de advocatuur. Zoetermeer: EIM 2006 en O. Couwenberg, e.a., Toegang tot advocaten: Een kwalitatief onderzoek naar belemmeringen in de toegang tot advocaten voor betalende particulieren en MKB-bedrijven, Groningen: Rijksuniversiteit Groningen, Faculteit rechtsgeleerdheid, 2009 en N.A. Elbers, K.A.P.C. van Wees en A.J. Akkermans, ‘Hij schreef dat hij contact op zou nemen zodra hij de tegenpartij had gesproken: letselschadeslachtoffers over hun belangenbehartiger’, *TVP* 2012, nr. 3, p. 102-113.
- 40 De Grotius-opleiding die door advocaten gevolgd moet worden, teneinde zich LSA-advocaat te mogen noemen, kent tien cursusdagen, waarvan geen enkele op onderhandelen ziet. De opleiding voor verzekeraars, georganiseerd door het de Stichting Personenschade Instituut voor Verzekeraars (PIV), kent wel onderhandelingsdagen: vierehalve dag van de vijfendertig dagen tellende opleiding.

de cliënt/patiënt.⁴¹ Ook bij rechtsbijstandverzekeraars is de inhoudelijke behandeling van een zaak een van de meest in het oog springende klachten, op de voet gevolgd door passiviteit en ondeskundigheid.⁴² Onderzoekresultaten van de productkwaliteit en proceskwaliteit van letselschadebureaus is nauwelijks voorhanden, maar het wordt aannemelijk geacht dat zich bij deze belangenbehartigers dezelfde problemen aandienen.⁴³

Aangaande de institutionele kwaliteitsborging, de 'systeemkwaliteit', wordt opgemerkt dat zij wat de *advocaat* betreft wettelijk verankerd is in de Advocatenwet. Ingevolge artikel 26 Advocatenwet bevorderen de Algemene Raad en de Raden van Toezicht een behoorlijke uitoefening van de praktijk en zijn zij bevoegd tot het nemen van alle maatregelen, die daartoe kunnen bijdragen. De deken van de plaatselijke orde houdt toezicht op de naleving van verordeningen van de NOvA. Belangrijke correctiemechanismen zijn voorts gelegen in de tuchtrechtspraak en de mogelijkheid om een beroep te doen op de klachten- en geschillenregeling advocatuur en de Geschillencommissie advocatuur.⁴⁴ De belangrijkste mogelijkheden tot correctie van het gedrag van de *rechtsbijstandverzekeraar* betreffen de interne klachtenregelingen, hetgeen is voorgeschreven ingevolge artikel 4:17 Wft.⁴⁵ De rechtsbijstandverzekeraars zijn voorts onderworpen aan toezicht van het Verbond van Verzekeraars. De Stichting Toetsing Verzekeringen toetst of verzekeraars voldoen aan de eisen voor het lidmaatschap van het Verbond en beoordeelt verzekeraars die het Keurmerk Klantgericht Verzekeren aanvragen. Extern toezicht vindt plaats in het kader van het toezicht op de financiële dienstverlening en op mededinging.⁴⁶ In artikel 4:68 Wft is vastgelegd dat er een geschillenregeling moet zijn, waar een verzekerde gebruik van kan maken bij een meningsverschil over de manier waarop de zaak moet worden aangepakt. Zo is het voor de patiënt mogelijk om te klagen bij de Ombudsman Financiële Dienstverlening en de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening, beide onderdeel van het Klachtenin-

41 Zie ook N.A. Elbers, K.A.P.C. van Wees en A.J. Akkermans, 'Hij schreef dat hij contact op zou nemen zodra hij de tegenpartij had gesproken: letselschadeslachtoffers over hun belangenbehartiger', *TVP* 2012, nr. 3, p. 102-113.

42 R.J.J. Eshuis e.a., *Hulp bij juridische problemen. Een verkennend onderzoek naar de kwaliteit van de dienstverlening van advocaten en rechtsbijstandverzekeraars*, Cahier reeks, WODC, Den Haag 2012, p. 40 en Stichting De Ombudsman, *Over leven in de medische letselschadepraktijk*, 2008, p. 48.

43 Zie voor onderzoekresultaten N.A. Elbers, K.A.P.C. van Wees en A.J. Akkermans, 'Hij schreef dat hij contact op zou nemen zodra hij de tegenpartij had gesproken: letselschadeslachtoffers over hun belangenbehartiger', *TVP* 2012, nr. 3, p. 102-113.

44 Zie uitvoeriger R.J.J. Eshuis e.a., *Hulp bij juridische problemen. Een verkennend onderzoek naar de kwaliteit van de dienstverlening van advocaten en rechtsbijstandverzekeraars*, Cahier reeks, WODC, Den Haag 2012, p. 82-87.

45 Zie ook de Kwaliteitscode Rechtsbijstand.

46 Zie R.J.J. Eshuis e.a., *Hulp bij juridische problemen. Een verkennend onderzoek naar de kwaliteit van de dienstverlening van advocaten en rechtsbijstandverzekeraars*, Cahier reeks, WODC, Den Haag 2012, p. 90-93.

stituut Financiële dienstverlening (KiFid).⁴⁷ De Geschillencommissie is op haar beurt bevoegd een klacht naar de Tuchtraad Financiële Dienstverlening te verwijzen, indien het gedrag van de verzekeraar betrekking heeft op het overschrijden van gedragsregels neergelegd in gedragscodes. *Letselschadebureaus* die lid zijn van Stichting Keurmerk Letselschade, het NIS of het NIVRE zijn onderworpen aan de klachtenreglementen van deze organisaties. Daarnaast kennen de bureaus in sommige gevallen een interne klachtenregeling. De letselschadebureaus zijn echter niet of nauwelijks onderworpen aan (wettelijk) toezicht. Dit is mijns inziens, om dezelfde redenen als hiervoor opgemerkt, ongewenst en zorgwekkend.⁴⁸

8.2.2 *De beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar in het buitengerechtelijk traject*

8.2.2.1 De rol van de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar van de hulpverlener
Hulpverleners hebben doorgaans een beroepsaansprakelijkheidsverzekering afgesloten, al zijn zij daartoe naar Nederlands niet verplicht.⁴⁹ De verzekeringsovereenkomst tussen de hulpverlener en de verzekeraar wordt geduid als een schadeverzekering waarop de artikelen 7:944 BW tot en met 7:963 BW van toepassing zijn.⁵⁰ De beroepsaansprakelijkheidsverzekeraars die zich op de Nederlandse markt van medische zorg begeven, zijn de Onderlinge Waarborgmaatschappij MediRisk BA (MediRisk),⁵¹ en de Onderlinge Waarborgmaatschappij Centramed BA (Centramed). De Vereniging voor Arts en Auto (VvAA) treedt op als uitvoerende organisatie en herverzekeraar. Aldus wordt de markt feitelijk geregeerd door twee partijen, wat opmerkelijk is. De terugtrek van het aantal beroepsaansprakelijkheidsverzekeraars is het gevolg van de omstandigheid dat het verzekeren van aansprakelijkheid in medische zaken niet als lucratief wordt gezien; de voorwaarden zijn zodanig dat traditionele verzekeraars niet meer in de dekking kunnen voorzien.

De onderlinge waarborgmaatschappij is een rechtsvorm die op verschillende punten afwijkt van een reguliere verzekeraar, doorgaans een naamloze vennoot-

47 Zie uitvoeriger R.J.J. Eshuis e.a., Hulp bij juridische problemen. Een verkennend onderzoek naar de kwaliteit van de dienstverlening van advocaten en rechtsbijstandverzekeraars, Cahier reeks, WODC, Den Haag 2012, p. 93-94.

48 Zie in die zin ook N.A. Elbers, K.A.P.C. van Wees en A.J. Akkermans, 'Hij schreef dat hij contact op zou nemen zodra hij de tegenpartij had gesproken: letselschadeslachtoffers over hun belangenbehartiger', *TVP* 2012, nr. 3, p. 102-113.

49 Ingevolge een uitspraak van het EHRM lijkt echter wel een verplichting te bestaan, zie EHRM 2 juni 2009, *EHRC* 2009, 96, met nt. E.H. Hulst (Codarcea/Roemenië).

50 De verzekeringsovereenkomst is per 1 januari 2006 geregeld in, Boek 7, titel 17, BW: Wet van 22 december 2005 tot vaststelling van titel 7.17 (verzekering) en 7.18 (lijfrente) van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, Stb. 2005, 700, 701 en 702.

51 Ongeveer 70% van de ziekenhuizen is bij MediRisk verzekerd.

schap. De verzekerde hulpverleners zijn lid van de onderlinge waarborgmaatschappij en zijn daarmee als een soort aandeelhouder aan te merken; zij bepalen het beleid van de verzekeraar. Een ander verschil is dat de onderlinge waarborgmaatschappij geen winstootmerk heeft. Tekorten of overschotten komen ten laste van of ten goede aan de hulpverleners.⁵²

Het voordeel van een beroepsaansprakelijkheidsverzekering is dat de hulpverlener, op het moment dat zich een incident voordoet, niet zelf de schade hoeft te vergoeden, zij het eventueel met uitzondering van een eigen risico dat uit eigen middelen (reserves) moet worden betaald. In ruil voor de te verlenen dekking in geval van schade betalen de hulpverleners hun verzekeraar een premie, die is afgestemd op het risico (en spreiding daarvan) van verwezenlijking van schade en uitkering uit de verzekering.⁵³ In de meeste gevallen stuurt de hulpverlener de aansprakelijkstelling, na ontvangst ervan, door aan zijn beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar. Zowel de correspondentie als de beoordeling van de vordering laat hij aan de verzekeraar over.⁵⁴ Dit betekent overigens niet dat de hulpverlener zich tegenover de patiënt dient te onthouden van enige uitlating over zijn handelen tijdens de geneeskundige behandeling van de patiënt en evenmin dat de hulpverlener steeds een oordeel over de aansprakelijkheid aan zijn verzekeraar overlaat.

Wat dit eerste punt betreft wordt opgemerkt dat zowel de informatieplicht als de plicht te behandelen met inachtneming van de zorg die een goed hulpverlener betaamt, de plicht omvat om opheldering te verschaffen over gemaakte fouten.⁵⁵ Dit is noodzakelijk om te voorkomen dat de patiënt verdere schade oploopt of om schade zo veel mogelijk te beperken. De hulpverlener verkeert echter nogal eens in de veronderstelling dat hij op basis van de met zijn aansprakelijkheidsverzekeraar gesloten overeenkomst niet zou mogen aangeven dat 'het mis is gegaan' tijdens de behandeling van de patiënt, op straffe van verval van een vergoeding.⁵⁶ Deze gedachtegang is geen juiste: ingevolge artikel 7:953 BW heeft erkenning van *feiten* nimmer gevolg voor de vergoeding. De vraag is wel wat 'feiten' zijn.

52 Zie over onderlinge waarborgmaatschappij Asser/Rensen 2-III* 2012, nrs. 274-295.

53 Zie over het nut en de werking van aansprakelijkheidsverzekeringen ook J.C.J. Dute, M.G. Faure en H. Koziol, *Onderzoek No-fault compensatiesysteem*, Reeks evaluatie regelgeving deel 13, Den Haag: Zonmw 2002, p. 53-56.

54 Naar de letter van de wet bestaat er voor de patiënt niet een plicht zich aan deze gang van zaken te conformeren, aldus J.L. Smeehuijzen, 'De verantwoordelijkheid van de arts voor schadeafwikkeling door zijn verzekeraar', *TvGr* 2009, nr. 3, p. 160-174.

55 Zie hoofdstuk 3, par. 3.4.1.2 en de aldaar genoemde literatuur. Zie ook Kamerstukken II 2007/08, 31476, nr. 1, p. 24 (Brief van de Minister en de Staatssecretaris van VWS).

56 Zie ook N. Frenk, 'De loslippige arts', *AV&S* 2006, nr. 5, p. 137; C.E. Drion, 'Misverstanden omtrent het recht op erkenning van fouten', *NJB afl.* 24/2008, p. 1463 en J.L. Smeehuijzen, K.A.P.C. van Wees, A.J. Akkermans, J. Legemaate, S. van Buschbach en J.E. Hulst (VU Amsterdam), *Opvang en schadeafwikkeling bij onbedoelde gevolgen van medisch handelen*, 2013, p. 23.

Naar mijn mening mag de hulpverlener zich uitlaten over feitelijke medische informatie en dus over de *oorzaak* (toedracht) van het ontstane letsel en wat daarvan de *gevolgen* en *toekomstverwachtingen* zijn.⁵⁷ Van het informeren van de patiënt over fouten of over een situatie ‘waarbij het niet is gegaan zoals had gemoeten’ moet daarentegen worden onderscheiden het erkennen van (juridische) aansprakelijkheid. In de verzekeringsovereenkomst mag het verbod zijn neergelegd om aansprakelijkheid te erkennen. Daarmee wordt beoogd de hulpverlener te behoeden voor een al te vlotte erkenning onder de indruk van het incident, alsmede ter voorkoming van samenspel met de patiënt. Anderzijds mag de bepaling in de verzekeringsovereenkomst niet ertoe leiden dat de hulpverlener die terecht aansprakelijkheid erkent zijn recht op uitkering van de verzekeringspenningen verspeelt:⁵⁸ een erkenning van aansprakelijkheid is zonder gevolg voor de uitkering van de verzekeringspenningen, voor zover de erkenning juist is, zo volgt uit de slotzin van artikel 7:953 BW.⁵⁹

Wat het tweede punt betreft wordt opgemerkt dat, wanneer de hulpverlener een oordeel over diens aansprakelijkheid overlaat aan zijn beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar, deze laatste de hulpverlener dan vertegenwoordigt. Doet hij dat niet en neemt de verzekeraar een beslissing, dan is sprake van onbevoegde vertegenwoordiging. Toch mag de patiënt van bevoegde vertegenwoordiging uitgaan en heeft de beslissing gevolg, wanneer de hulpverlener zich op een zodanige wijze gedraagt dat de patiënt mocht veronderstellen dat de verzekeraar bevoegd was de hulpverlener te vertegenwoordigen.⁶⁰ Veelal zal dat het geval zijn, indien de verzekeraar in overleg treedt met de patiënt, dan wel met de belangenbehartiger die de patiënt vertegenwoordigt, en de verzekeraar zich bij de onderhandeling steeds de beslissingsbevoegde partij toont.

Wordt een vergoedingsplicht van de hulpverlener aangenomen, dan heeft de hulpverlener recht op uitkering van de verzekeringspenningen waarmee hij de patiënt schadeloos dient te stellen. In de praktijk wordt het bedrag doorgaans door de verzekeraar direct aan de patiënt uitgekeerd. Sterker nog, de patiënt heeft ingevolge artikel 7:954 BW het *recht* om van de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar direct – dus zonder tussenkomst van de hulpverlener – datgene te vorderen wat de hulpverlener in verband met de schade door dood of letsel van de patiënt van zijn verzekeraar heeft te vorderen, zij het alleen indien en voor zover de verzekeraar jegens de hulpverlener een uitkering verschuldigd is: het is

57 Zie ook J. Legemaate, ‘Recht op informatie over fouten van artsen’, *TVP* 2007, nr. 1, p. 1-4.

58 Kamerstukken II 1985/86, 19529, nr. 3, p. 26 (MvT).

59 Artikel 7:953 BW is van dwingend recht. Zie voorts Aanhangsel van de Handelingen II 2005/06, nr. 1594. Heeft de arts wel aansprakelijkheid erkend, dan nog zal de rechter zelfstandig op basis van de vaststaande feiten oordelen of aansprakelijkheid aan de orde is: Zie bijvoorbeeld Gerechtshof Arnhem 2 december 2003, *LJN* AO0863 (het hof sloeg geen acht op de kwalificatie van de arts betreffende zijn handelen). Zie ook Rechtbank Zwolle 6 november 2002, zaaknr. 7194/HA ZA 01-1367 (niet gepubliceerd).

60 HR 10 januari 1992, *NJ* 1992, 606, met nt. M.M. Mendel.

van het recht van de hulpverlener ‘afgeleid recht’ en de patiënt wordt zelf geen schuldeiser. Een voorwaarde voor het uitoefenen van de directe actie is dat de verwezenlijking van het risico door de hulpverlener aan de verzekeraar is gemeld. Een voorwaarde voor het uitoefenen van de directe actie is voorts dat de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar dekking biedt tegen de schade die de hulpverlener in de uitoefening van zijn beroep heeft veroorzaakt. Doorgaans zal dit het geval zijn en is schade veroorzaakt door een geneeskundige behandeling gedekt. Dekking bestaat veelal ook voor schade veroorzaakt door gebruikte medische apparatuur. Mogelijk is evenwel dat verwezen wordt naar de producent al naar gelang hetgeen tussen de producent en de hulpverlener is overeengekomen of er geen aansprakelijkheid kan worden aangenomen voor de gebruikte apparatuur.⁶¹ De verzekering dekt voorts doorgaans niet een eventuele aansprakelijkheid voor schade aan zaken die niet het eigendom zijn van de hulpverlener, maar slechts aan diens toezicht zijn toevertrouwd. Een voorbeeld van toevertrouwde apparatuur betreft medisch elektronische apparatuur die op proef door de producent bij de hulpverlener is geplaatst. De gebruikelijke uitsluiting voor schade veroorzaakt door toevertrouwde apparatuur staat bekend als de ‘opzichtclausule’.⁶² Een andere uitsluiting staat bekend als de ‘opzetclausule’.⁶³ Hoewel bijna niet denkbaar is dat een verzekeraar dekking kan weigeren, omdat de schade aan de patiënt is veroorzaakt door opzet van de hulpverlener of er bij deze sprake is van zekerheidsbewustzijn (afhankelijk van de polisvoorwaarden), is dit niet uitgesloten.

In een geval bijvoorbeeld waarbij de hulpverlener zich stelselmatig schuldig had gemaakt aan seksueel misbruik van diens patiënte, werd de vordering van de hulpverlener op zijn verzekeraar afgewezen. Naar het oordeel van de rechtbank brachten het grensoverschrijdend seksueel gedrag gedurende lange tijd en met een hoge frequentie en het feit dat de hulpverlener als psychiater ervan op de hoogte moest zijn dat dergelijk gedrag schade toebrengt aan personen, met zich dat er zekerheidsbewustzijn moest zijn geweest en dat het beroep op de opzetclausule van de betrokken verzekeraars moest slagen.⁶⁴

In de praktijk neemt doorgaans de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar van de hulpverlener de onderhandelingen met de belangenbehartiger van de patiënt op zich. De onderhandeling begint met een beoordeling van de aansprakelijkstelling aan de hand van de door de belangenbehartiger aangedragen bewijsmiddelen. Vervolgens zal de verzekeraar een eerste standpunt innemen over de aansprakelijkheid. Op dat moment zullen, zoals bij de bespreking van de rol van de belangenbehartiger reeds is opgemerkt, de belangen van

61 Zie daarover hoofdstuk 4, par. 4.2.3.3.

62 Zie de website van aansprakelijkheidsverzekeraar MediRisk B.A <www.medirisk.nl>.

63 Gereviseerd naar aanleiding van HR 6 november 1998, NJ 1999, 220, met nt. M.M. Mendel.

64 Rechtbank Utrecht 28 oktober 2009, LJN BK1546.

de patiënt en de verzekeraar elkaar ontmoeten en met elkaar in conflict kunnen komen. Het doel van de verzekeraar zal moeten zijn om die tegenstrijdige belangen te overbruggen, dan wel overeenstemming te bereiken over de daartoe te ondernemen stappen, hetgeen de inhoud van zijn werkzaamheden zal (moeten) bepalen. Hoewel dit niet met zoveel woorden in de wettekst betreffende de verzekeringsovereenkomst is opgenomen, dient (immers) ook de verzekeraar inzake verzekeringskwesaties bij de uitvoering van zijn werkzaamheden te handelen als een redelijk bekwaam en redelijk handelende verzekeraar.⁶⁵ Bij de afhandeling van de aansprakelijkheidskwestie van de patiënt is de norm niet anders. De norm wordt ingevuld door verschillende gedragscodes en de tuchtuitspraken van de Tuchtraad Financiële Dienstverlening. Schiet de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar tegenover de patiënt tekort in zijn verplichting zich als redelijk bekwaam en redelijk handelend verzekeraar te gedragen, dan zou de patiënt zich op een onrechtmatige daad kunnen beroepen, zo wordt in de literatuur wel betoogd.⁶⁶ Het zal voor de patiënt echter niet eenvoudig zijn om onrechtmatig gedrag aan te tonen.⁶⁷ Het is ook mogelijk dat onzorgvuldig (onrechtmatig) gedrag voor de rechter reden is om de vergoeding voor geleden immateriële schade te verhogen.⁶⁸ Toch zullen dit uitzonderingsgevallen zijn.⁶⁹ Indien blijkt van onzorgvuldig gedrag van de verzekeraar ten opzichte van de patiënt bij de afwikkeling van de schade, is het voorts denkbaar dat de patiënt de hulpverlener rechtstreeks aanspreekt op het gedrag van de verzekeraar, zo wordt eveneens in de literatuur geopperd. Een grondslag daarvoor zou de schending van het goed hulpverlenerschap kunnen bieden, waarvan de zorg bij de afwikkeling van en onderhandeling over de te vergoeden schade

65 Zie voor voorbeelden Gerechtshof Amsterdam 29 maart 2011, *LJN* BR1740; Rechtbank Rotterdam 20 juli 2011, *LJN* BR4450 en Rechtbank Amsterdam 28 maart 2012, *LJN* BW1355. Zie ook conclusie A-G bij HR 9 maart 2012, *LJN* BU9206 en conclusie A-G bij HR 5 oktober 2007, *LJN* BA8774. Zie voorts uitvoerig over de norm waarnaar de verzekeraar zich dient te gedragen J.L. Smeehuijzen, 'Schadevergoeding wegens onzorgvuldige afwikkeling van letselschadevorderingen', *NTBR* 2009/44, p. 328-340.

66 Zie uitvoerig J.L. Smeehuijzen, 'Schadevergoeding wegens onzorgvuldige afwikkeling van letselschadevorderingen', *NTBR* 2009/44, p. 328-340.

67 Zie voor een voorbeeld waarbij de patiënt de onrechtmatige daad inriep wegens een langdurige schadeafwikkeling Rechtbank Utrecht 6 oktober 2010, *JA* 2011, 21. De vordering werd afgewezen.

68 Zie bijvoorbeeld Rechtbank Amsterdam 29 maart 1995, *VR* 1996, 124 en Rechtbank Zutphen 7 november 2007, *JA* 2008, 13. Zie ook Rechtbank Amsterdam 7 januari 2009, *L&S* 2010, 77 in welke zaak het ontkennen van de hulpverlener reden was om de vergoeding van immateriële schade te verhogen. Zie hierover ook A.J. Verheij, Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon (diss. VU Amsterdam), Nijmegen *Ars Aequi Libri* 2002, Hoofdstuk VII; A.J. Akkermans en K.A.P.C. van Wees, 'Het letselschadeproces in therapeutisch perspectief', *TVP* 2007, nr. 4, p. 106 e.v. en J.L. Smeehuijzen, 'Schadevergoeding wegens onzorgvuldige afwikkeling van letselschadevorderingen', *NTBR* 2009/44, p. 328-340. Zie ook T. Hartlief, 'Smartengeld in Nederland anno 2012: tijd voor een steen in stilstaand water?' *Smartengeldgids* 2012, Den Haag: ANWB 2012, p. 6-11 over de functie van het smartengeld als straf op een onredelijke opstelling van de hulpverlener/verzekeraar. Hartlief vraagt zich af of vergoeding van wettelijke rente niet beter op zijn plaats is.

69 Zie bijvoorbeeld (gedrag verzekeraar geen reden om hoger bedrag toe te kennen) Gerechtshof Arnhem 9 december 2008, *JA* 2009, 54; Rechtbank Zutphen 10 januari 2007, *LJN* BA4423 en Rechtbank 's-Hertogenbosch 6 augustus 2008, *LJN* BI0701.

deel uitmaakt.⁷⁰ Daarbij aanhakend kan mijns inziens worden betoogd dat de hulpverlener en de patiënt bij een incident in een door artikel 6:2 BW beheerste rechtsverhouding tot elkaar staan, waarbij de aansprakelijkheidsverzekeraars als hulppersoon van de hulpverlener kan worden beschouwd.

De norm van de redelijk handelend verzekeraar wordt ingevuld door onder meer de Gedragscode Verzekeraars en de uitspraken van de Raad van Toezicht Verzekeringen, thans de Tuchtraad Financiële Dienstverlening. De norm wordt voorts ingevuld door de eisen zoals verwoord in het Keurmerk Klantgericht Verzekeren, dat is gericht op de dienstverlening en klantgerichtheid van verzekeraars. Een andere belangrijke bron is de GOMA.⁷¹ De GOMA is het resultaat van signalen over negatieve ervaringen van patiënten met hun schadeafwikkeling na een medisch incident. De GOMA bevat 19 aanbevelingen met toelichting en een aantal *good practices* inzake de werkwijze van de hulpverlener en de aansprakelijkheidsverzekeraar enerzijds en de belangenbehartiger en de patiënt anderzijds. Het gaat daarbij – kort gezegd – om het informeren van de patiënt over de behandeling en over een incident, het verzamelen en uitwisselen van de benodigde medische informatie, het beperken van schade en het erkennen van fouten, het informeren van de patiënt over (mogelijke) procedures, het opstellen van de aansprakelijkstelling, de standpuntbepaling door de aansprakelijkheidsverzekeraar en de gang van zaken bij het inschakelen van een medisch deskundige. De aanbevelingen strekken tot het open en transparant communiceren met goed inzicht in het traject voor alle betrokken partijen. Tevens strekken de aanbevelingen tot het bewaken van de voortgang van het proces en het beperken van de kosten en de belasting daarvan voor alle partijen.⁷²

De beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar schakelt ter beoordeling van met name de omvang van de schade doorgaans de hulp in van een schade-expert, die veelal reeds voordat er duidelijkheid is over de aansprakelijkheid, de patiënt bezoekt. Deze schade-expert is in dienst van de verzekeraar zelf, in dienst van een extern bureau of geheel zelfstandig werkzaam. De schade-expert bezoekt de patiënt thuis en inventariseert diens schade. Indien de schade-expert aan bepaalde opleidings- en ervaringseisen voldoet, wordt hij ingeschreven

70 Zie voor deze gedachtegang J.L. Smeehuijzen, 'De verantwoordelijkheid van de arts voor schadeafwikkeling door zijn verzekeraar', *TvGr* 2009, nr. 3, p. 160-14. Zie ook T. Hartlief, 'Een wisselwerking tussen aansprakelijkheid en verzekering?', *AV&S* 2011, nr. 4, p. 167-171.

71 De Letselschade Raad, *Gedragscode Openheid medische incidenten; betere afwikkeling Medische Aansprakelijkheid (GOMA)*, derde druk, Den Haag, maart 2012.

72 Zie over de GOMA voorts A. Wilken, A.J. Akkermans en J. Legemaate, 'Verbetering van het medisch beoordelingstraject', *VR* 2010, nr. 12, p. 345-351, evenals C.H. van Dijk en A.E. Krispijn, 'GOMA: op weg naar een betere afwikkeling van medische aansprakelijkheidszaken?', *TvGr* 2011, nr. 2, p. 92-102.

in het register van registerexperts van het NIVRE.⁷³ Ook de door de verzekeraar ingeschakelde registerexpert is gehouden om zich naar de door zijn beroepsgroep opgestelde gedragsregels te gedragen.⁷⁴

Zo is de registerexpert onder meer gehouden zich zorgvuldig te gedragen, betrouwbaar te zijn, zich professioneel op te stellen en helder en integer te zijn. Daarnaast dient de registerexpert de Gedragscode Verzekeraars en de Gedragscode Expertiseorganisaties na te leven, voor zover de daarin opgenomen regels op hem van toepassing zijn.

De onderhandelingen die namens de verzekeraar door de schade-expert worden gevoerd, zullen doorgaans bindend zijn. Had de schade-expert geen volmacht van de verzekeraar, dan zal een verklaring of toezegging toch als bindend worden aangemerkt, indien de patiënt, gezien de door de verzekeraar gewekte schijn, van die volmacht mocht uitgaan.

Voor een voorbeeld wordt gewezen op een uitspraak van de Rechtbank 's-Gravenhage. Ter discussie stond of de patiënt de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar mocht houden aan een aanbod om de schade af te wikkelen door betaling van een bedrag van € 118.000. Naar het oordeel van de rechtbank bleek uit het feitelijk handelen van verzekeraar MediRisk dat zij de schijn had gewekt dat de schade-expert tijdens de bespreking bevoegd was om haar te vertegenwoordigen en een haar bindend voorstel te doen aangaande de begroting van de schade.⁷⁵

Zoals eveneens is opgemerkt bij de bespreking van de rol van de belangenbehartiger, worden de tijdens de onderhandelingen gemaakte afspraken aan het einde van het traject vastgelegd in een vaststellingsovereenkomst als bedoeld in artikel 7:900 BW. Met nakoming van de vaststellingsovereenkomst – betaling van de schade van de patiënt namens de hulpverlener – eindigt doorgaans de rol van de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar.

8.2.2.2 De (waarborgen voor) kwaliteit van de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar

Het voorgaande toont dat aan de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar van de hulpverlener een zeer belangrijke rol is toebedeeld. Gezien de belangrijke rol van deze verzekeraar in het onderhandelingstraject is het aannemelijk dat de (professionele) houding van de ver-

73 Zie de website van het Nederlands Instituut van Register Experts <www.nivre.nl>.

74 Gedragsregels NIVRE van 21 juni 2009.

75 Rechtbank 's-Gravenhage 17 augustus 2012, *LJN* BX8037.

zekeraar jegens de patiënt het verhaal van schade kan ‘maken’ of ‘teniet doen’.⁷⁶ Uit verschillend onderzoek gebaseerd op ervaringen van patiënten en belangenbehartigers blijkt evenwel van (structureel) vertraagde reacties op aansprakelijkstellingen en overige correspondentie van de (belangenbehartiger van) de patiënt, op verweer tegen beter weten in en op een niet transparante houding ten aanzien van het gebruik van (verschillende) medisch adviseurs.⁷⁷ De aanbevelingen in de, met het doel om tot een betere afwikkeling van schadeafwikkeling te komen, opgestelde GOMA worden aldus (nog) niet (voldoende) nageleefd.⁷⁸ Dit is een zorgwekkend gegeven, nu een negatieve beïnvloeding van het schadeafwikkelingsproces tot frustraties bij de patiënt kan leiden en herstelbelemmerend kan werken en/of kan resulteren in een te lage schadevergoeding.⁷⁹

76 Zie hierover ook – met name hoe het gedrag van verzekeraars een negatieve invloed heeft op het verhaal van schade – de rapporten van Stichting De Ombudsman, Letselschaderegeling ‘Onderhandelen met het mes op tafel of een zoektocht naar redelijkheid’, 2003 en Over leven in de medische letselschadepraktijk, 2008. Zie voorts J.L. Smeehuijzen, ‘Schadevergoeding wegens onzorgvuldige afwikkeling van letselschadevorderingen’, *NTBR* 2009/44, p. 328-340 en J.L. Smeehuijzen, K.A.P.C. van Wees, A.J. Akkermans, J. Legemaate, S. van Buschbach en J.E. Hulst (VU Amsterdam), *Opvang en schadeafwikkeling bij onbedoelde gevolgen van medisch handelen*, 2013, p. 94-96.

77 Uitzending Tros Radar 10 september 2007; uitzending Zembla 8 februari 2009, de Volkskrant, ‘Medische missers slecht vergoed, 2 april 2010 en uitzending Tros Radar 1 oktober 2012. Zie daarover ook Aanhangel van de Handelingen II 2007/08, nr. 329, Kamervragen van het Kamerlid Van Gerven over de slechte afhandeling van schadeclaims bij medische fouten, ingezonden 13 september 2007 en antwoorden op Kamervragen van Van Gerven over de slechte afhandeling van schadeclaims bij medische fouten, ontvangen 22 oktober 2007; Aanhangel van de Handelingen II 2012/13, nr. 354, Kamervragen van het Kamerlid Bouwmeester (PvdA), ingezonden 3 oktober 2012 en antwoorden op Kamervragen van Bouwmeester over het bericht dat 60% van de claims bij medisch verzekeraars niet wordt uitgekeerd, ontvangen 25 oktober 2012; Kamervragen van het Kamerlid Recourt (PvdA), ingezonden 4 oktober 2012 en antwoorden op de Kamervragen van Recourt over medische verzekeraars, ontvangen 11 december 2012, kenmerk 329530; Stichting De Ombudsman, *Over leven in de medische letselschadepraktijk*, 2008 en *Consumentengids*, ‘Medische missers’, juli/augustus 2011. Zie daarenboven Rechtbank Haarlem 4 januari 2013, *LJN* BZ0050 waarin de rechtbank een opmerking maakt over de niet-constructieve houding van het ziekenhuis en de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar.

78 Zie uitzending Tros Radar 1 oktober 2012 en Aanhangel van de Handelingen II 2012/13, nr. 354, vragen gesteld door Kamerlid Bouwmeester (PvdA), ingezonden 3 oktober 2012 en antwoorden op de vragen van het Kamerlid Bouwmeester over het bericht dat 60% van de claims bij medisch verzekeraars niet wordt uitgekeerd, ontvangen 25 oktober 2012. Bij MediRisk en Centramed zijn inmiddels onderzoeken gestart naar de wijze waarop met de GOMA wordt omgegaan. De uitkomsten van deze onderzoeken worden medio 2013 verwacht en worden naar verwachting openbaar gemaakt via de Letselschaderaad, zie het antwoord van de Minister van VWS, Aanhangel van de Handelingen II 2012/13, nr. 354. MediRisk is inmiddels ter bevordering van de transparantie en toegankelijkheid een nieuwe dienst gestart: mijnMediClaim.nl (bericht 20 maart 2013 van de directie van MediRisk). Patiënten hebben op die manier inzicht in de fasen van behandeling van hun vordering.

79 Zie ook J.L. Smeehuijzen, ‘Schadevergoeding wegens onzorgvuldige afwikkeling van letselschadevorderingen’, *NTBR* 2009/44, p. 328-340 en J.L. Smeehuijzen, K.A.P.C. van Wees, A.J. Akkermans, J. Legemaate, S. van Buschbach en J.E. Hulst (VU Amsterdam), *Opvang en schadeafwikkeling bij onbedoelde gevolgen van medisch handelen*, 2013, p. 94-96 en 101-104.

De institutionele kwaliteitsborging vindt plaats door het Verbond van Verzekeraars. De Stichting Toetsing Verzekeringen toetst of verzekeraars voldoen aan de eisen voor het lidmaatschap van het Verbond van Verzekeraars en beoordeelt verzekeraars die het Keurmerk Klantgericht Verzekeren aanvragen. Extern toezicht vindt plaats in het kader van het toezicht op de financiële dienstverlening en op mededinging. Het gedrag van de verzekeraar kan worden getoetst door de Ombudsman Financiële Dienstverlening of de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening,⁸⁰ na indiening van een klacht door de patiënt. De bevoegdheid van de patiënt om te klagen, ook al heeft hij geen contractuele rechtsverhouding met de verzekeraar, wordt ontleend aan de omstandigheid dat de patiënt de mogelijkheid van een directe actie jegens de verzekeraar heeft.⁸¹ De Geschillencommissie is op haar beurt bevoegd een klacht naar de Tuchtraad Financiële Dienstverlening te verwijzen, indien het gedrag van de verzekeraar betrekking heeft op het overschrijden van gedragsregels neergelegd in gedragscodes.⁸² Hoewel er dus wel toezicht is, wordt opgemerkt dat er in de praktijk niet vaak gebruik wordt gemaakt van de klachtenregelingen, omdat zij beslag leggen op het schadeafwikkelingsproces en voor veel vertraging zorgen. Het correctiemechanisme is vanuit dit oogpunt bezien niet optimaal.

8.2.3 *De medisch adviseur in het buitengerechtelijk traject*

8.2.3.1 **De rol van de medisch adviseur**

Onderdeel van het vereiste dat de belangenbehartiger dient te handelen als een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot is dat de belangenbehartiger een medisch adviseur raadpleegt in die gevallen waarin juridische stappen worden gezet die afhankelijk zijn van het letsel van zijn cliënt.⁸³ Ook de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar is als redelijk bekwaam en redelijk handelend verzekeraar verplicht om inzake medische aangelegenheden een medisch adviseur in te schakelen. In het geval van productaansprakelijkheid zal de advocaat van de producent zich eveneens bedienen van een medisch adviseur op het moment dat het op het beoordelen van de invloed van het gebrekkig product op de gezondheidstoestand van de patiënt aankomt.

80 Zie uitvoeriger R.J.J. Eshuis e.a., Hulp bij juridische problemen. Een verkennend onderzoek naar de kwaliteit van de dienstverlening van advocaten en rechtsbijstandverzekeraars, Cahier reeks, WODC, Den Haag 2012, p. 93-94.

81 Geschillencommissie Financiële Dienstverlening, 19 oktober 2009, NP 2010, 89.

82 Zie bijvoorbeeld Tuchtraad Financiële Dienstverlening 18 september 2012, zaaknr. TFD 2012/004 (niet-medisch) voor de bevoegdheid van de Tuchtraad bij een klacht die van origine afkomstig is van een derde (het slachtoffer).

83 Gerechtshof Leeuwarden 5 september 2007, LJN BB3156.

Nederland kent twee beroepsverenigingen voor medisch adviseurs. Ten eerste is dat de Nederlandse Vereniging van Geneeskundig adviseurs in particuliere Verzekeringszaken (GAV).⁸⁴ Medisch adviseurs die lid zijn van de GAV worden ingeschreven in het GAV-register als zij aan een aantal voorwaarden voldoen en beschikken over een registratie in het BIG-register.⁸⁵ Dit geeft hun de beschermde titel van Register Geneeskundig Adviseur (RGA). De nadruk van het werk van deze medisch adviseurs ligt op de beoordeling van acceptatie van potentiële verzekerden. De tweede beroepsvereniging is de Werkgroep Artsen Advocaten (WAA), binnen welke vereniging de medisch adviseurs van slachtofferzijde verenigd zijn.⁸⁶ Een BIG-geregistreerd arts die lid is van de WAA, mag zich Medisch Adviseur voor Slachtoffers (MAS) noemen, indien daarnaast is voldaan aan bepaalde kwaliteitscriteria die door het WAA-bestuur zijn vastgesteld.

Aan de relatie tussen de medisch adviseur en de belangenbehartiger van de patiënt ligt doorgaans een overeenkomst van opdracht ten grondslag waarop de bepalingen van Boek 7, titel 7, afdeling 1, BW van toepassing zijn. De belangenbehartiger bedient zich van het advies van de medisch adviseur in het kader van de overeenkomst van opdracht tot rechtsbijstand met de patiënt. Ten opzichte van de patiënt is de medisch adviseur als hulppersoon van de belangenbehartiger in de zin van artikel 6:76 BW te beschouwen. Ook aan de relatie tussen de medisch adviseur en de aansprakelijkheidsverzekeraar van de hulpverlener ligt doorgaans een overeenkomst van opdracht ten grondslag. De verzekeraar bedient zich van het advies van de medisch adviseur in het kader van de beoordeling van een uitkering op basis van de met de hulpverlener gesloten verzekeringsovereenkomst. Ten opzichte van de patiënt is de medisch adviseur van de verzekeraar als hulppersoon van de verzekeraar in de zin van artikel 6:170 BW of 6:171 BW te beschouwen.

Welke rechtsverhouding de relatie tussen de medisch adviseur van de belangenbehartiger en de *patiënt* beheerst is voor discussie vatbaar: komt tussen de medisch adviseur en de patiënt een geneeskundige behandelingsovereenkomst tot stand of niet?⁸⁷ De discussie is echter louter theoretisch: de werkzaamheden van de medisch adviseur zien in ieder geval op een beoordeling van de gezondheidstoestand of medische begeleiding van een persoon, verricht in opdracht van een ander dan die persoon in verband met de vaststelling van

84 Zie de website van de GAV <www.gav.nl>.

85 Zie voor belang BIG-registratie bijvoorbeeld Rechtbank Amsterdam 1 november 2004, *LJN* AR6866: de benadeelde hoefde geen informatie te verschaffen aan een niet BIG-geregistreerde medisch adviseur. Zie voor BIG-registratie ook hoofdstuk 2, par. 2.5.4. Zie voor de geregistreerden zelf <www.bigregister.nl>.

86 Zie de website van de WAA <www.waa.nl>.

87 Zie A. Wilken, A.J. Akkermans en J. Legemaate, Medisch beoordelingstraject bij Letselschade. Inventarisatie bestaande normering, knelpunten en mogelijke oplossingsrichtingen, Letselschade Raad, 2010, p. 83.

aanspraken, als bedoeld in artikel 7:446, vierde lid, BW, wat betekent dat op grond van artikel 7:464 BW de regels van Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW van toepassing zijn ‘voor zover de aard van de rechtsbetrekking zich daartegen niet verzet’.⁸⁸ Een en ander geldt ook voor de relatie tussen de patiënt en de medisch adviseur van de verzekeraar.

De relatie tussen de medisch adviseur van de verzekeraar en de *hulpverlener* kan naar mijn mening worden geduid als collegiaal, hij kan tevens worden gezien als zijn (indirecte) hulppersoon of beter nog, de hulppersoon van zijn contractuele wederpartij, de aansprakelijkheidsverzekeraar. Hetzelfde geldt voor zijn relatie met de medisch adviseur van de belangenbehartiger van de patiënt. Anders dan ten opzichte van de patiënt zijn de bepalingen van het BW inzake de geneeskundige behandelingsovereenkomst niet van toepassing op de relatie tussen de hulpverlener en de medisch adviseur van de verzekeraar, omdat er geen sprake is van behandelen van de hulpverlener en evenmin zijn gezondheidssituatie wordt beoordeeld. De medisch adviseur van de verzekeraar is slechts behulpzaam bij de beoordeling van de claim van de hulpverlener op die verzekeraar: zijn advies is van belang voor een oordeel over de aansprakelijkheid van de hulpverlener en mitsdien of deze tot uitkering aan de patiënt verplicht is.

Ongeacht tot wie de medisch adviseur in relatie staat, is de medisch adviseur, net als een ‘gewone’ arts gehouden om bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed medisch adviseur in acht te nemen, voortvloeiende uit de voor medisch adviseurs geldende professionele standaard.⁸⁹ De plicht vloeit voort uit artikel 7:401 BW (in de verhouding tot zijn opdrachtgevers) en uit artikel 7:453 BW (in de relatie tot de patiënt). De professionele standaard voor artsen wordt ingevuld door verschillende bronnen, zoals gezondheidsrechtelijke wetgeving, (gedrags)regels en normen die door de (tucht)rechter zijn geformuleerd.⁹⁰ Van belang voor de medisch adviseur is voorts de beroepscode van de GAV. Indien de medisch adviseur van de belangenbehartiger tekort schiet in zijn verplichting – hij adviseert de belangenbehartiger bijvoorbeeld onjuist of laat informatie achterwege – dan is de belangenbehartiger tegenover de patiënt aansprakelijk voor eventuele schade, zulks op grond van artikel 6:74 BW in samenhang gelezen met artikel 6:76 BW.⁹¹ Dit laat een eventuele buitencontractuele aansprakelijkheid van de medisch adviseur op grond van artikel 6:162 BW jegens de patiënt onverlet. Trad de medisch adviseur op voor de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar en maakt deze medisch adviseur een fout, dan is de verzekeraar kwalitatief aansprakelijk, indien aan de vereisten van artikel 6:170 BW of 6:171 BW is voldaan.

⁸⁸ Zie ook hoofdstuk 3, par. 3.3.1.

⁸⁹ Zie hoofdstuk 4, par. 4.2.1.3.

⁹⁰ Zie hoofdstuk 4, par. 4.2.1.4.

⁹¹ Zie voor een voorbeeld Rechtbank Assen 27 februari 2008, JA 2008, 99, met nt. A.J. Van.

De belangrijkste van de voor artsen algemeen geldende normen zijn de Gedragsregels voor artsen.⁹² Daarnaast zijn de KNMG Richtlijnen inzake het omgaan met medische gegevens⁹³ en het KNMG Manifest Medische professionaliteit van belang.⁹⁴ Een meer op de medisch adviseur afgestemde bron ter invulling van de professionele standaard is de 'GAV Beroepscode'. De eerste beroepscode dateerde van 1994. Inmiddels is zij – mede naar aanleiding van de roep om nadere normering – onderworpen aan een vernieuwingsproces, aan welk proces ook de WAA deelnam. De nieuwe beroepscode is met enkele amendementen aangenomen in de Algemene Ledenvergadering van de GAV van 24 mei 2011. Een aantal van de in de beroepscode opgenomen artikelen ziet op specifieke situaties, onder meer de omgang met medische informatie (artikel 9). Daarnaast bevat de Beroepscode artikelen die het handelen van de medisch adviseur in meer algemene zin normeren (artikel 1, 2, 3 en 15). Voorts kent de GAV een richtlijn voor het opstellen van een medisch advies.⁹⁵

Medisch adviseurs die tevens BIG-geregistreerd zijn, zijn aan het tuchtrecht onderworpen, met dien verstande dat het handelen van de medisch adviseur dat louter ziet op het beoordelen van aansprakelijkheid niet onder het toetsingsbereik van de tuchtrechter valt.⁹⁶ De tuchtrechtspraak is ook een bron die de professionele standaard nader invult. Een aantal keer is bij de tuchtrechter met succes geklaagd over het gedrag van een medisch adviseur.⁹⁷ Uit de uitspraken kan worden afgeleid dat de medisch adviseur zich weliswaar kritisch mag opstellen ten opzichte van de wederpartij en eventuele derden, zoals behandelend artsen of medische deskundigen, en dat het hem vrij staat een ander en eventueel tegenovergesteld medisch standpunt in te nemen dan de medisch adviseur van de wederpartij, maar dat deze bevoegdheid zijn grenzen kent. De medisch adviseur dient onafhankelijk én objectief te zijn, mag niet eenzijdig rapporteren, geen vooringenomen standpunten innemen en dient voldoende respect te tonen voor, ook afwijkende, standpunten van de medisch adviseur van de wederpartij. De medisch adviseur dient zich voorts in zakelijke bewoordingen uit te drukken, dient zich jegens het slachtoffer respectvol en betamelijk op te stellen en zich bij zijn beoordeling tot zijn deskundigheidsgebied te beperken: schadeafwikkeling behoort daar niet toe en evenmin houdt

92 Vadecum II.01, te downloaden via de website van de KNMG <www.artsennet.knmg.nl>.

93 Vadecum II.03, te downloaden via de website van de KNMG <www.artsennet.knmg.nl>.

94 Te downloaden via de website van de KNMG <www.artsennet.knmg.nl>.

95 Zie voor de tekst de website van de GAV <www.gav.nl>.

96 CTG 11 mei 2006, zaaknr. 2005/056.

97 RTG 's-Gravenhage 13 april 2004, zaaknr. 2003T80; RTG Amsterdam 13 december 2005, zaaknr. 04/228; CTG 19 juli 2007, zaaknr. 2006/026; RTG Amsterdam, 26 mei 2009, zaaknr. 08/028 en CTG 24 februari 2009, zaaknr. 2008/075.

dat in dat hij een eindoordeel mag geven over de arbeidsongeschiktheid of dat hij als behandelend arts mag optreden.⁹⁸ In schriftelijke stukken – waarvan voorzienbaar is dat ze extern betekenis kunnen hebben – dient de medisch adviseur voor vermenging van feiten, beweringen en persoonlijke opvattingen te waken.⁹⁹ Uit uitspraken van de tuchtrechter blijkt voorts dat het advies van de medisch adviseur dient te voldoen aan de eisen die ook aan een deskundigenrapport worden gesteld.¹⁰⁰

Het inhoudelijk werk van de medisch adviseur verschilt niet al naar gelang de medisch adviseur optreedt aan de zijde van de patiënt of aan de zijde van de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar. Beiden moeten zorgen voor completering van het medisch dossier en beoordelen welke medische informatie relevant is voor het kunnen vaststellen van eventuele aansprakelijkheid, causaal verband en schade.¹⁰¹ Vervolgens dienen zij op basis van de verkregen medische informatie het handelen van de hulpverlener naar maatstaven van de professionele standaard te beoordelen evenals de gezondheidstoestand van de patiënt. Van hun beoordeling brengen zij advies uit aan de belangenbehartiger van de patiënt of de verzekeraar van de hulpverlener die zich op hun beurt op basis van het medisch advies een oordeel vormen over de juridische implicaties.¹⁰² Een verschil tussen de werkzaamheden is echter hierin gelegen dat de medisch adviseur die adviseert aan de zijde van de patiënt met name die zaken zal belichten die ‘gunstig’ zijn voor de patiënt en dat de medisch adviseur die aan verzekeraarszijde adviseert met name die zaken zal belichten die ‘gunstig’ zijn voor de verzekeraar.

8.2.3.2 De (waarborgen voor) kwaliteit van de medisch adviseur

Gezien de werkzaamheden van de medisch adviseur en de mate waarin de belangenbehartiger van de patiënt en de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar van de hulpverlener voor hun beoordeling afhankelijk zijn van het advies van de medisch adviseur blijkt van afhankelijkheid van de patiënt van de kwaliteit van een derde ‘speler’ in het buitengerechtelijk traject. Problematisch is dan ook dat in de praktijk blijkt van gevoelens van wantrouwen ten aanzien van houding van de medisch adviseur van de beroepsaansprakelijkheids-

98 Zie ook A. Wilken, A.J. Akkermans en J. Legemaate, Medisch beoordelingstraject bij Letselschade. Inventarisatie bestaande normering, knelpunten en mogelijke oplossingsrichtingen, Letselschade Raad, 2010, p. 194-195.

99 Zie voor de opsomming ook A. Wilken, A.J. Akkermans en J. Legemaate, Medisch beoordelingstraject bij Letselschade. Inventarisatie bestaande normering, knelpunten en mogelijke oplossingsrichtingen, Letselschade Raad, 2010, p. 177-178. Zie voor een voorbeeld CTG 17 april 2012, Stcrt. 2012, nr. 8357.

100 CTG 19 juli 2007, zaaknr. 2006/026 en CTG 24 februari 2009, zaaknrs. 2007/376 en 2007/368.

101 Zie voor een voorbeeld van een zaak waarin de werkzaamheden werden benoemd Rechtbank Rotterdam 23 november 2005, *LJN* AU8571.

102 A. Wilken, A.J. Akkermans en J. Legemaate, Medisch beoordelingstraject bij Letselschade. Inventarisatie bestaande normering, knelpunten en mogelijke oplossingsrichtingen, Letselschade Raad, 2010, p. 148-151.

verzekeraar,¹⁰³ en vice versa ten aanzien van de houding van de medisch adviseur van de belangenbehartiger, hetgeen (mede) het gevolg is van de paradoxale positie van de medisch adviseur: enerzijds zal hij zich onafhankelijk moeten opstellen en anderzijds is hij in enigerlei mate als partijdig te beschouwen.¹⁰⁴ Zoals de (al wat oudere) tuchtrechtspraak toont, zijn die gevoelens niet altijd onterecht gebleken.¹⁰⁵ In de praktijk blijkt voorts dat het medisch advies zelf niet altijd voldoet aan de daaraan (door de tuchtrechter) gestelde eisen, waarmee ook de productkwaliteit ter discussie staat.¹⁰⁶ Aannemelijk is dat dit een negatief effect heeft op de schadeafwikkeling.

Een probleem vertoont ook de systeemkwaliteit. Voorop wordt gesteld dat het beroep van de medisch adviseur onbeschermd is; een ieder kan zich medisch adviseur noemen (een BIG-registratie is bijvoorbeeld niet verplicht). Het ontbreken van een bescherming van het beroep van medisch adviseur wordt niet, of niet volledig, ondervangen door duidelijke regels conform welke de medisch adviseur zich dient te gedragen, hoewel wordt opgemerkt dat met name de GAV inmiddels veel activiteiten ontplooit op het gebied van wetenschap en onderwijs. Met uitzondering van BIG-geregistreerde medisch adviseurs – zij zijn onderworpen aan het tuchtrecht – ontbreekt het bovendien aan een correctiemechanisme.

Gezien onder meer de problematiek betreffende de medisch adviseur is in opdracht van de Letselschade Raad door de Projectgroep medische deskundigen in de rechtspleging, onder leiding van Wilken, Akkermans en Legemaate,¹⁰⁷ onderzoek verricht naar ‘het medisch traject’, waaruit het Rapport Medisch Beoordelingstraject is voortgekomen.¹⁰⁸ Het rapport bevat een inventarisatie en een analyse van bestaande regelgeving en (tucht)rechtspraak die betrekking heeft op het medisch beoordelingstraject. Besproken wordt de problematiek van de uitwisseling van medische gegevens, de betekenis van de Wet Bescherming Persoonsgegevens en de daarop gebaseerde Gedragscode Verwerking

103 Zie ook J.M. Beer en B.P. Dekker, ‘Deskundigen in het medische traject. Een van de vergeten problemen van het schaderegelingsproces’, VR 2005, nr. 12, p. 374-376.

104 A. Wilken, A.J. Akkermans en J. Legemaate, Medisch beoordelingstraject bij Letselschade. Inventarisatie bestaande normering, knelpunten en mogelijke oplossingsrichtingen, Letselschade Raad, 2010, p. 152.

105 RTG 's-Gravenhage 13 april 2004, zaaknr. 2003T80; RTG Amsterdam 13 december 2005, zaaknr. 04/228; CTG 19 juli 2007, zaaknr. 2006/026; RTG Amsterdam, 26 mei 2009, zaaknr. 08/028 en CTG 24 februari 2009, zaaknr. 2008/075.

106 Zie bijvoorbeeld CTG 15 mei 2007 zaaknr. 2006/101; CTG 19 juli 2007, zaaknr. 2006/026 en CTG 24 februari 2009, zaaknrs. 2007/376 en 2007/368.

107 Zie de website van de VU <www.rechten.vu.nl>.

108 A. Wilken, A.J. Akkermans en J. Legemaate, Medisch beoordelingstraject bij Letselschade. Inventarisatie bestaande normering, knelpunten en mogelijke oplossingsrichtingen, Letselschade Raad, 2010. Zie ook A. Wilken, ‘Op weg naar een professionele standaard voor medisch adviseurs in letselschadezaken’, TvGr 2009, nr. 9, p. 588-600.

Persoonsgegevens, alsmede de professionele standaard van de medisch adviseur. Tot besluit worden 27 knelpunten geïdentificeerd,¹⁰⁹ en worden er voorstellen gedaan voor mogelijke oplossingen.¹¹⁰ Hoewel het medisch traject gedefinieerd is als het traject dat ziet op de beoordeling van het causaal verband en de vaststelling van de schade en de beoordeling van de aansprakelijkheid daar dus buiten valt,¹¹¹ zijn veel knelpunten ook in laatstgenoemd traject te zien en zou daarom bij de beoordeling van de aansprakelijkheid – naast de GOMA – evenzeer op de handreikingen acht mogen worden geslagen, zo meen ik. Wat de medisch adviseur betreft worden als knelpunten genoemd: de onduidelijkheid over de eisen waaraan de medisch adviseur moet voldoen om als een *gekwatificeerd* medisch adviseur te kunnen worden aangemerkt, de wijze van communicatie tussen opdrachtgever en medisch adviseur en het heersende wantrouwen in elkaars kunnen, de onvoldoende beschrijving van de professionele standaard van de medisch adviseur, de betekenis van ‘de onafhankelijkheid’ van de medisch adviseur, de opzet van het medisch advies en de vraag of dit op schrift moet worden gesteld, de wenselijkheid van communicatie tussen medisch adviseurs onderling, de onvoldoende toetsbaarheid van de advisering, de onvoldoende openheid, toetsbaarheid en verantwoording door de medisch adviseur, de inzage in de medische adviezen, de reikwijdte van de deskundigheid van de medisch adviseur en de afwezigheid van uniforme opleidingseisen.¹¹² Mogelijke oplossingen zijn vooralsnog gelegen in het opstellen van een *format* ten behoeve van de vraagstelling en het advies, in het opzetten van een *pilot* waarin nieuwe werkwijzen in het medisch beoordelingstraject worden uitgeprobeerd en getoetst en in het (nader) ontwikkelen van een beroepscode, zo menen de opstellers van het rapport.¹¹³

Het Rapport Medisch Beoordelingstraject maakt deel uit van de Gedragscode Behandeling Letselschade (GBL).¹¹⁴ Deze gedragscode ziet op de afwikkeling van algemene letselschadezaken. Opgemerkt wordt dat de beroepsaansprake-

109 A. Wilken, A.J. Akkermans en J. Legemaate, Medisch beoordelingstraject bij Letselschade. Inventarisatie bestaande normering, knelpunten en mogelijke oplossingsrichtingen, Letselschade Raad, 2010, p. 203-206.

110 A. Wilken, A.J. Akkermans en J. Legemaate, Medisch beoordelingstraject bij Letselschade. Inventarisatie bestaande normering, knelpunten en mogelijke oplossingsrichtingen, Letselschade Raad, 2010, p. 207-221.

111 Zie hiervoor met name de GOMA.

112 A. Wilken, A.J. Akkermans en J. Legemaate, Medisch beoordelingstraject bij Letselschade. Inventarisatie bestaande normering, knelpunten en mogelijke oplossingsrichtingen, Letselschade Raad 2010, p. 204-206.

113 A. Wilken, A.J. Akkermans en J. Legemaate, Medisch beoordelingstraject bij Letselschade. Inventarisatie bestaande normering, knelpunten en mogelijke oplossingsrichtingen, Letselschade Raad 2010, p. 218-221.

114 Gedragscode Behandeling Letselschade, opgesteld door de Universiteit van Tilburg en herzien in 2012. De tekst is te downloaden via de website van de letselschaderaad <www.deletselschaderaad.nl>.

lijkeidsverzekeraars MediRisk en Centramed zich niet aan deze gedragscode hebben geconformeerd.

8.2.4 *De medisch deskundige in het buitengerechtelijk traject*

8.2.4.1 **De rol van de medisch deskundige**

In de praktijk komt het geregeld voor dat de (belangenbehartiger van) de patiënt en de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar van de hulpverlener een medisch deskundige de opdracht geven om een deskundigenbericht uit te brengen.¹¹⁵ De patiënt kan er ook voor kiezen eenzijdig een deskundigenbericht in te winnen.¹¹⁶ De medisch deskundige is doorgaans een onafhankelijk en BIG-geregistreerd arts, met (bijzondere) kennis van een bepaald deel van de geneeskunst en is een andere persoon dan de medisch adviseur van de belangenbehartiger of de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar. Evenmin is zijn persoon gelijk aan die van de arbeidsdeskundige, de verzekeringsgeneeskundige of de rekenkundige. Op de rol van deze deskundigen wordt in dit onderzoek niet ingegaan. Op de rol van een deskundige met als aandachtsgebied het ontwerp of de constructie van een gebrek wordt evenmin ingegaan al wordt opgemerkt dat deze een grote rol kan spelen in die situaties waarin de gebrekkigheid van een medisch product moet worden aangetoond. Van alle deskundigen zullen overigens dezelfde deskundigheidseisen als hierna vermeld, worden verlangd.

Het doel van de opdracht is het verkrijgen van een deskundigenbericht dat kan dienen als bewijs van de aan- of afwezigheid van een normschending door de hulpverlener evenals van de aan- of afwezigheid van een *condicio sine qua non*-verband tussen de normschending en de schade van de patiënt. Tegen die achtergrond is het van belang om een antwoord te krijgen op de vraag hoe een bepaalde geneeskundige behandeling gebruikelijk wordt verricht (de professionele standaard) en hoe de geneeskundige behandeling bij de patiënt in kwestie is verricht.¹¹⁷ De patiënt en de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar hebben immers doorgaans zelf geen inzicht hoe aan de medisch professionele standaard in de praktijk vorm wordt gegeven en hoe in het voorliggende geval met de patiënt is omgegaan. Hetzelfde geldt voor de invloed dat het handelen van de hulpverlener (of een gebrek in

¹¹⁵ Zie ook aanbeveling 18 en 19 GOMA.

¹¹⁶ Komt het tot een procedure dan kan de patiënt de rechter verzoeken 'zijn deskundige' te doen horen, zulks op grond van artikel 200 Rv. De rechter staat een verzoek echter niet toe, als deze daartoe geen reden ziet, zie voor voorbeelden Gerechtshof Arnhem 4 april 2006, *LJN* AW1809; Rechtbank Amsterdam 22 juni 2005, *LJN* AT9557; Rechtbank Dordrecht 22 september 2005, *LJN* AU3206 en Rechtbank Amsterdam 14 april 2010, *LJN* BN0327.

¹¹⁷ Zie ook hoofdstuk 4, par. 4.2.2.4. Zie voorts over de soort informatie die nodig is om een antwoord te verkrijgen R.W.M. Giard, 'De opdracht aan een deskundige: de kracht van het stellen van open vragen', *Expertise en Recht* 2013, nr. 2, p. 41-48.

een product) heeft gehad op de gezondheidssituatie van de patiënt.¹¹⁸ Deze kennislacune dient de medisch deskundige – als specialist op zijn vakgebied – op te vullen. Is de professionele standaard in kaart gebracht en is duidelijk hoe de behandeling in het voorliggende geval is verricht, dan is het vervolgens de taak van partijen, en later in de bodemprocedure de taak van de civiele rechter, om de juridische vraag naar de normschending te beantwoorden. Partijen (en de rechter) mogen zich dus laten adviseren door een medisch deskundige, maar het is niet de medisch deskundige zelf die bepaalt wat rechtens is.¹¹⁹

Geeft de patiënt samen met de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar de opdracht tot het uitbrengen van een deskundigenbericht of geeft alleen de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar opdracht, dan wordt de rechtsverhouding beheerst door Boek 7, titel 7, afdeling 1, BW (algemene overeenkomst van opdracht). Een behandelingsovereenkomst komt niet tot stand, zo volgt uit artikel 7:446, vierde lid, BW.¹²⁰ Dit is anders wanneer alleen de patiënt opdracht aan de deskundige geeft; deze overeenkomst wordt geduid als een geneeskundige behandelingsovereenkomst, zo blijkt uit de wettekst. Het feit dat er in de situatie waarin de opdracht aan de deskundige mede door een ander dan de patiënt wordt gegeven, neemt overigens niet weg dat de bepalingen van Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW van overeenkomstige toepassing zijn, voor zover de rechtsbetrekking zich daartegen niet verzet, aldus artikel 7:464, eerste lid, BW.¹²¹ Daarnaast bevat artikel 7:464, tweede lid, BW twee bepalingen die alleen betrekking hebben op een keuringssituatie, waaronder ook valt de beoordeling van de patiënt door een medisch deskundige, zowel in als buiten rechte.¹²² Het betreft een van artikel 7:454 BW afwijkende bewaartermijn (sub a) en een inzage- én blokkeringsrecht gegeven.¹²³

118 Zie ook hoofdstuk 6, par. 6.3.3.

119 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 10 maart 2009, *L&S* 2009, 112, met nt. A.J. Van; Gerechtshof Amsterdam 24 maart 2009, zaaknr. 106.007.506/01 (niet gepubliceerd); Rechtbank Rotterdam 28 november 2007, *LJN* BD7445; Rechtbank Rotterdam 23 november 2011, *LJN* BU9541 en Rechtbank Rotterdam 14 maart 2012, *LJN* BV9542. Hetzelfde is te zien binnen de kaders van het strafrecht. Van de deskundige zal niet mogen worden verlangd zich uit te laten over de schuldvraag, noch over de vraag of de hulpverlener zich gerechtsvaardig heeft kunnen beroepen op de aanwezigheid van een noodtoestand. Dit ligt niet op zijn weg, maar op die van de rechter; die oordeelt of de hulpverlener voldaan heeft aan de professionele (medisch ethische) standaard: HR 27 november 1984, *NJ* 1985, 106, met nt. Th.W. van Veen; HR 21 oktober 1986, *NJ* 1987, 607, met nt. G.E. Mulder; HR 21 juni 1994, *NJ* 1994, 656, met nt. T.M. Schalken; HR 5 december 1995, *NJ* 1996, 322, met nt. A.C. 't Hart en HR 24 december 2002, *NJ* 2003, 167, met nt. T.M. Schalken.

120 Zie ook hoofdstuk 3, par. 3.3.1.

121 Zie ook hoofdstuk 3, par. 3.3.2.

122 Aan artikel 7:464, tweede lid, BW komt zelfstandige betekenis toe, zo volgt uit HR 26 maart 2004, *TvGr* 2004, nr. 33, met nt. J. van der Burg, *JBPr* 2004, 37, met nt. C.J.M. Klaassen en *NJ* 2009, 340, met nt. F.C.B. van Wijmen en HR 12 augustus 2005, *NJ* 2009, 341.

123 Het recht van eerste inzage en het blokkeringsrecht zien op beoordelingen door de medisch deskundige in het kader van een aansprakelijkheidskwestie van toepassing met ingang van 1 mei 2000, zie hoofdstuk 3, par. 3.3.2. Zie voor jurisprudentie HR 26 maart 2004, *TvGr* 2004, nr. 33, met nt. J. van der Burg, *JBPr* 2004,

Voor zover de opdracht aan de deskundige ziet op de beoordeling van de aansprakelijkheid van de hulpverlener dient zich de vraag aan of de beoordeling de gezondheidstoestand of medische begeleiding van de patiënt betreft en daarmee of sprake is van een situatie waarop het inzage- en blokkeringsrecht als bedoeld in artikel 7:464, tweede lid, BW in samenhang gelezen met artikel 7:446, vierde lid BW van toepassing is. In de literatuur wordt daarover verschillende gedachten.¹²⁴ Mogelijkheden om wel van een eerste inzage- en blokkeringsrecht uit te gaan, zijn gelegen in de omstandigheid dat het in de praktijk vaak zal voorkomen dat in deskundigenberichten die betrekking hebben op het beoordelen van het handelen van de hulpverlener ook de gezondheidstoestand van de patiënt wordt beoordeeld en in de omstandigheid dat artikel 7:446, vierde lid, BW ook zo kan worden gelezen dat het gaat om handelen ter beoordeling van de gezondheidstoestand van de patiënt en om handelingen ter beoordeling van de medische begeleiding van de patiënt.¹²⁵

Artikel 7:401 BW in samenhang gelezen met artikel 7:453 BW vereist dat de deskundige zich tegenover zijn opdrachtgever als een goed opdrachtnemer en als goed hulpverlener dient te gedragen. De eis houdt in dat hij bij zijn werkzaamheden de zorg voortvloeiende uit de voor medisch deskundigen geldende professionele standaard – deze vloeit voort uit onder meer publiekrechtelijke regelgeving, gedragsregels en uitspraken van de (tucht)rechter –¹²⁶ in acht moet nemen. Voor zover er een behandelingsovereenkomst tot stand komt – in het geval alleen de patiënt opdracht geeft – vloeit dit rechtstreeks voort uit artikel 7:453 BW. Hoewel aan buiten rechte benoemde deskundige strikt genomen geen procesrechtelijke of inhoudelijke eisen worden gesteld, wordt voorts wel aangenomen dat het vereiste om zich als goed opdrachtnemer en goed hulpverlener te gedragen met zich brengt dat de deskundige zich aan dezelfde procedurele en inhoudelijke eisen moet houden als de gerechtelijk deskundige.¹²⁷ Op de werkzaamheden van de gerechtelijk deskundige en de van toepassing zijnde procedurele eisen wordt in het tweede deel van dit hoofdstuk ingegaan. Ook op de eisen die aan het deskundigenbericht van de gerechtelijk deskundige

37, met nt. C.J.M. Klaassen en NJ 2009, 340, met nt. F.C.B. van Wijmen, alsmede HR 12 augustus 2005, NJ 2009, 341.

124 Geen inzage- en blokkeringsrecht E.J. Wervelman en E.C.J. de Jong, 'Misverstanden en oplossingen rondom het inzage- en blokkeringsrecht in civiele zaken; enkele praktijkvoorbeelden', *TvGr* 2005, nr. 4, p. 383-398. Wel inzage- en blokkeringsrecht: A. Wilken, 'De onduidelijke reikwijdte van het blokkeringsrecht: wetsvoorstel cliëntenrechten zorg biedt geen oplossing', *TVP* 2009, nr. 4, p. 129-138.

125 Zie A. Wilken, 'De onduidelijke reikwijdte van het blokkeringsrecht: wetsvoorstel cliëntenrechten zorg biedt geen oplossing', *TVP* 2009, nr. 4, p. 129-138. Zie ook Rechtbank Amsterdam 27 oktober 2005, *LJN* AU6024 (rov. 4.4), waar overigens om een ander reden het recht op inzage en blokkering werd afgewezen (het betrof een nabestaande die wilde blokkeren).

126 Zie hoofdstuk 4, par. 4.2.1.4.

127 Zie A.J. Van, *Handboek Personenschade* (losbl.), p. 4210-123.

worden gesteld wordt nader ingegaan in het tweede deel van dit hoofdstuk.¹²⁸ Indien de deskundige zijn taak niet naar behoren vervult, dan kan hij daarvoor jegens de patiënt civielrechtelijk aansprakelijk zijn wegens een tekortkoming in de nakoming van zijn verplichtingen uit de (al dan bijzondere) overeenkomst van opdracht.¹²⁹

8.2.4.2 De (waarborgen voor) kwaliteit van de medisch deskundige

Het belang van het advies van de medisch deskundige in het buitengerechtelijk traject is groot en een kwalitatief goed advies is in veel gevallen cruciaal voor het verhaal van schade; de patiënt moet immers doorgaans met dat bericht het bewijs leveren van een normschen-ding en een *condicio sine qua non*-verband met zijn schade, twee voorwaarden voor het recht om de schade op de hulpverlener (of producent) af te wentelen. Andermaal wordt opgemerkt dat de patiënt in die zin afhankelijk is van de kwaliteit van een andere bij het verhaal van schade betrokken partij. Structureel negatieve geluiden over de productkwaliteit van de buiten rechte ingeschakelde medisch deskundige of de proceskwaliteit zijn mij niet bekend.¹³⁰ Desalniettemin is opmerkelijk dat niet altijd wordt gevraagd om een curriculum vitae of ‘*disclosure statement*’, waaruit bijvoorbeeld kan blijken wat de professionele ervaring van de medisch deskundige is, wie zijn werkgever is, hoe vaak de deskundige eerder deskundigenberichten heeft uitgebracht en voor welke opdrachtgevers en wat zijn medisch wetenschappelijke opvattingen zijn.¹³¹ Onwetendheid over de persoon van de deskundige kan leiden tot de keuze voor een deskundige die onvoldoende van een bepaald vakgebied weet, partijdig is, of te ver van de praktijk af staat, en is daarom onwenselijk.¹³² Voorts wordt opgemerkt dat aan de medisch deskundige niet de eis wordt gesteld dat hij over een opleiding met betrekking tot het opstellen van een deskundigenbericht beschikt, waardoor aannemelijk is dat niet elk advies van voldoende bruikbare kwaliteit is en de productkwaliteit in een individueel geval daarom ter discussie kan komen te staan.¹³³ Een onderwerp dat aan de kwaliteit raakt betreft voorts de vraagstelling aan de medisch deskundige. Worden aan de medisch deskundige vragen gesteld die niet kunnen leiden tot een beoor-

128 Zie par. 8.3.3.1.

129 Zie daarover ook A.J. Van, ‘De tuchtrechtelijke en civielrechtelijke aansprakelijkheid van medisch deskundigen’, *TvGr* 2004, nr. 7, p. 505-516 en de door hem genoemde jurisprudentie.

130 Wel blijkt bij lezing van de jurisprudentie van de tuchtrechter van een groot aantal tuchtklachten over rapportages van rapporterend medisch deskundigen op allerlei terrein, waaronder de beoordeling in het kader van medische aansprakelijkheid. Zie hierover ook A.J. Van, ‘De tuchtrechtelijke en civielrechtelijke aansprakelijkheid van medisch deskundigen’, *TvGr* 2004, nr. 7, p. 505-516 en de door hem genoemde jurisprudentie.

131 Zie hierover ook J.L. Smeehuijzen, ‘Wie is de deskundige eigenlijk? Pleidooi voor een disclosure statement’, *TVP* 2003, nr. 4. Zie ook G. de Groot, *Het deskundigenadvies in de civiele procedure* (diss. VU Amsterdam), Deventer: Kluwer 2008, p. 235.

132 Zie daarover ook R.W.M. Giard, ‘Medische expertise bij diagnostische missers’, *Expertise en Recht* 2008, nr. 2, p. 56-63.

133 Dat deskundigenberichten soms van onvoldoende kwaliteit zijn blijkt ook uit de (tucht)rechtspraak, zie bijvoorbeeld Rechtbank Alkmaar 18 april 2012, *JA* 2012, 121, met nt. R.W.M. Giard en RTG Zwolle 7 juni 2012, *LJN* YG2104.

deling van het handelen van de vermeend aansprakelijke hulpverlener of die niet kunnen leiden tot een beoordeling van de invloed van dat handelen op de gezondheidssituatie van de patiënt dan schiet het medisch deskundigenbericht zijn doel voorbij.¹³⁴ Cruciaal is dan ook dat aan de medisch deskundige de juiste vragen worden gesteld, maar hoe te bepalen wat ‘juiste’ vragen zijn? Bij de beschrijving van het verzoek aan de rechter om een voorlopig deskundigenbericht waar de vraagstelling aan de deskundige bij uitstek onderwerp van geschil is, wordt nader op de vraagstelling ingegaan.

Wat de institutionele kwaliteitsborging, de systeemkwaliteit, betreft, wordt opgemerkt dat deze wordt gewaarborgd doordat de medisch deskundige zich dient te gedragen conform de in zijn beroepsgroep geldende medisch professionele standaard, hetgeen getoetst kan worden door de (tucht)rechter.¹³⁵ Een uitzondering geldt voor de medisch deskundige die het handelen van de hulpverlener beoordeelt: deze adviseert immers ‘slechts’ met betrekking tot het handelen van de hulpverlener. Er is volgens de tuchtrechters dus geen sprake van een handeling van de deskundige die betrekking heeft op de gezondheid van een individuele persoon.¹³⁶ Een ander correctiemechanisme vloeit voort uit de omstandigheid dat ‘zorgaanbieders’ ingevolge artikel 2 van de Wet Klachtrecht Cliënten Zorgsector over een klachtenregeling moeten beschikken.

8.2.5 *De omgang met medische informatie in het buitengerechtelijk traject*

8.2.5.1 **Het belang van medische informatie en haar regelgeving**

Medische informatie speelt een doorslaggevende rol bij de onderbouwing van de aansprakelijkheid, het *condicio sine qua non*-verband en de schade.¹³⁷ Het medisch dossier geeft informatie over hetgeen zich feitelijk heeft afgespeeld rondom het geneeskundig handelen, terwijl bijvoorbeeld het patiëntendossier van andere behandelingen of de patiëntenkaart van de huisarts mogelijk informatie verschaft over het causaal verband tussen de normschending van de hulpverlener (of het gebrekkig product van de producent) en de schade

134 Zie daarover ook R.W.M. Giard, ‘Medische expertise bij diagnostische missers’, *Expertise en Recht* 2008, nr. 2, p. 56-63 en R.W.M. Giard, ‘De juridische afhandeling van medische aansprakelijkheid: kwesties inzake volgorde en vraagstelling’, *Expertise en Recht* 2010, nr. 2, p. 46-51.

135 Zie bijvoorbeeld CTG 11 mei 2006, zaaknr. 2005/056. Zie uitvoeriger A.J. Van, *Handboek Personenschade* (losbl.), p. 4210-82-93.

136 Zie onder meer CTG 11 mei 2006, zaaknr. 2005/056. Zie hierover ook A.J. Van, ‘De tuchtrechtelijke en civielrechtelijke aansprakelijkheid van medisch deskundigen’, *TvGr* 2004, nr. 7, p. 505-516.

137 Onder medische informatie worden over het algemeen begrepen *medische bescheiden* en *medische gegevens*, waarbij onder bescheiden de ‘dragere’ van medische gegevens worden verstaan en onder gegevens de ‘feitelijkeheden’ worden verstaan die in de dragers beschreven of afgebeeld staan: A. Wilken, A.J. Akkermans en J. Legemaate, *Medisch beoordelingstraject bij Letselschade*. Inventarisatie bestaande normering, knelpunten en mogelijke oplossingsrichtingen, Letselschade Raad 2010, p. 23. Zie over de inhoud van het patiëntendossier voorts hoofdstuk 3, par. 3.4.3.2.

van de patiënt; uit de ziektegeschiedenis van de patiënt valt op te maken of hij reeds leed aan ziektes die van invloed kunnen zijn op de looptijd van de te vergoeden schade, terwijl informatie van behandelend artsen nadat het incident zich heeft voorgedaan, behulpzaam kan zijn bij de onderbouwing van de stelling dat gezondheidsschade is geleden en wat de ernst en oorzaak daarvan is. Zowel aan de zijde van de patiënt (belangenbehartiger en medisch adviseur) als aan de zijde van de hulpverlener (beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar en medisch adviseur) bestaat daarom behoefte om in het buitengerechtelijke traject de medische informatie van de patiënt op te vragen, in te zien, te interpreteren en te beoordelen ten behoeve van de schadeafwikkeling. Wordt een medisch deskundige ingeschakeld, dan zal ook hij behoefte hebben aan de medische informatie ter beoordeling van de zaak en ter beantwoording van gestelde vragen.

In het geval de belangenbehartiger van de patiënt, de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar van de hulpverlener of hun medisch adviseur in het bezit komt van medische informatie, valt hij als verwerker van persoonsgegevens onder het regime van de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp).¹³⁸ Dit geldt ook voor de medisch deskundige. De Wbp is immers ingevolge artikel 2, eerste lid, Wbp van toepassing op het moment dat sprake is van *verwerking van persoonsgegevens* die in een bestand zijn opgenomen of bestemd zijn om daarin te worden opgenomen.¹³⁹

Onder ‘verwerking’ van persoonsgegevens wordt ingevolge artikel 1, eerste lid, aanhef en onder b, Wbp verstaan elke handeling of elk geheel van handelingen met betrekking tot persoonsgegevens, waaronder in ieder geval het verzamelen, vastleggen, ordenen, bewaren, bijwerken, wijzigen, opvragen, raadplegen, gebruiken, verstrekken door middel van doorzending, verspreiding of enige andere vorm van terbeschikkingstelling, samenbrengen, met elkaar in verband brengen, alsmede het afschermen, uitwissen of vernietigen van gegevens. Onder ‘bestand’ wordt verstaan elk gestructureerd geheel van persoonsgegevens, ongeacht of dit geheel van gegevens gecentraliseerd is of verspreid is op een functioneel of geografisch bepaalde wijze, dat volgens bepaalde criteria toegankelijk is en betrekking heeft op verschillende personen, aldus artikel 1, eerste lid, aanhef en onder c, Wbp.

138 Wet van 6 juli 2000, Stb. 2001, 180, strekkende ter uitvoering van Richtlijn 95/46/EG, Pb EG L 281. De schade-expert is geen verwerker zolang de gegevens door de verzekeraar worden bewaard, aldus Rechtbank Zwolle-Lelystad 4 mei 2011, zaaknr. 17493/HAZA 10-226 (niet gepubliceerd).

139 Opgemerkt wordt dat de ABRvS op 1 augustus 2012 prejudiciële vragen heeft gesteld over de Wbp, zie *LJN* BX3309.

Zowel de belangenbehartiger en diens medisch adviseur als de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar en diens medisch adviseur zullen dan ook de bepalingen van de Wbp in acht moeten nemen.¹⁴⁰ Dit geldt ook voor de medisch deskundige. Zo dient de verwerking van gegevens te voldoen aan de eisen neergelegd in de artikelen 6 tot en met 15 Wbp,¹⁴¹ evenals aan de regels voor bijzondere gegevens – waaronder die gegevens die zien op de gezondheid van personen – als bedoeld in artikel 16 tot en met 24 Wbp.¹⁴² Daarnaast dient de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar zich te houden aan de op de Wbp gebaseerde Gedragscode Verwerking persoonsgegevens Financiële Instellingen (Gedragscode Verwerking Persoonsgegevens).¹⁴³ De medisch adviseurs dienen zich bovendien te houden aan de bepalingen in het BW die zien op de omgang met het medisch dossier, artikelen 7:454-7:457 BW. Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW is ingevolge artikel 7:464, eerste lid, BW immers van toepassing op de relatie tussen de medisch adviseur en de patiënt, ‘voor zover de rechtsbetrekking zich daartegen niet verzet’.¹⁴⁴ Ook de medisch deskundige dient zich – afhankelijk van wie opdracht geeft al dan niet via de schakelbepaling – aan de artikelen 7:454-7:457 BW te houden. In de verhouding tot de Wbp gelden de bepalingen van Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW als *lex specialis*.¹⁴⁵ Veelal zullen de bepalingen elkaar aanvullen, doch in het geval van elkaar tegensprekende bepalingen geldt de bepaling die de patiënt de meeste bescherming biedt.¹⁴⁶ Daarenboven is artikel 8 EVRM op de omgang met medische informatie van toepassing. Artikel 8 EVRM bepaalt – kort gezegd – dat een ieder recht heeft op respect voor zijn privé-, familie- en gezinsleven en dat in beginsel geen inmenging van enig openbaar gezag in de uitoefening van dit recht is toegestaan. Dit recht is ook neergelegd in artikel 7 Handvest EU.

140 Zie in die zin ook H.J.J. Leenen, J.K.M. Gevers en J. Legemaate, *Handboek gezondheidsrecht*, Deel I, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, vijfde geheel herziene druk, 2011, p. 254 e.v.

141 Zie ook H.J.J. Leenen, J.K.M. Gevers en J. Legemaate, *Handboek gezondheidsrecht*, Deel I, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, vijfde geheel herziene druk, 2011, p. 255-256.

142 Het begrip ‘gezondheid’ moet ruim worden opgevat: Kamerstukken II 1997/98, 25892, nr. 3, p. 109 (MvT).

143 Stcrt. 2009, 11881. Zie voor de tekst de website van het CBP: <www.cbweb.nl>. Zie over de toepasselijkheid uitvoeriger A. Wilken, A.J. Akkermans en J. Legemaate, *Medisch beoordelingstraject bij Letselschade. Inventarisatie bestaande normering, knelpunten en mogelijke oplossingsrichtingen*, Letselschade Raad 2010, p. 77-80. Zie hierover uitvoeriger A. Wilken, ‘De Gedragscode Verwerking Persoonsgegevens Financiële Instellingen herzien: een overzicht van wijzigingen en consequenties voor de personenschadepraktijk’, *TVP* 2010, nr. 4, p. 93-102.

144 A. Wilken, A.J. Akkermans en J. Legemaate, *Medisch beoordelingstraject bij Letselschade. Inventarisatie bestaande normering, knelpunten en mogelijke oplossingsrichtingen*, Letselschade Raad 2010, p. 84.

145 H.J.J. Leenen, J.K.M. Gevers en J. Legemaate, *Handboek gezondheidsrecht*, Deel I, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, vijfde geheel herziene druk, 2011, p. 257. Zie in die zin ook A. Wilken, A.J. Akkermans en J. Legemaate, *Medisch beoordelingstraject bij Letselschade. Inventarisatie bestaande normering, knelpunten en mogelijke oplossingsrichtingen*, Letselschade Raad, 2010, p. 82.

146 H.J.J. Leenen, J.K.M. Gevers en J. Legemaate, *Handboek gezondheidsrecht*, Deel I, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, vijfde geheel herziene druk, 2011, p. 257.

Uit de tekst van artikel 8 EVRM volgt een toetsingskader ter beoordeling van gegrondheid van een klacht op grond van artikel 8 EVRM. Het EHRM toetst achtereenvolgens of een klacht op een door artikel 8 EVRM gewaarborgd recht ziet, of een inbreuk op artikel 8 EVRM wordt gemaakt, of deze inbreuk in overeenstemming is met de wet en een legitiem doel dient. De laatste en doorgaans meest belangrijke vraag is of de inbreuk noodzakelijk is in een democratische samenleving. Wordt de inbreuk niet gelegitimeerd en/of is zij niet noodzakelijk dan wordt tot een schending van artikel 8 EVRM geconcludeerd.¹⁴⁷

Ingevolge de jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden (EHRM) is artikel 8 EVRM ‘*undoubtedly*’ van toepassing op ‘*personal information relating to a patient*’.¹⁴⁸ Uit artikel 8 EVRM volgt dat een Lidstaat het recht op vertrouwelijkheid van medische informatie dient te waarborgen en ervoor dient te zorgen dat een patiënt over zijn medische informatie kan beschikken.¹⁴⁹ De Wbp dient te worden uitgelegd met inachtneming van artikel 8 EVRM.¹⁵⁰

8.2.5.2 Opvragen, ter beschikking stellen, beoordelen, beheren, inzien, blokkeren en bewaren van medische informatie

De omgang met medische informatie neemt een aanvang bij het opvragen/verzamelen van de medische informatie over de patiënt bij de desbetreffende hulpverlener(s). Doorgaans geschiedt dit door de belangenbehartiger van de patiënt, dan wel door diens medisch adviseur.¹⁵¹ Opvragen van medische informatie bij de behandelend artsen van de patiënt dient te gebeuren *met toestemming* van de patiënt. Dit wordt niet alleen bepaald in artikel 7:457, eerste lid, BW, maar volgt tevens uit de toepasselijke bepalingen van de Wbp.

¹⁴⁷ Zie voor het toetsingskader van artikel 8 EVRM C.P.J. Wijnakker, ‘Omgaan met medische informatie in overeenstemming met artikel 8 EVRM’, VR 2012, nr. 11, p. 398-405 en G.E. van Maanen en S.D. Lindenberg, EVRM en privaatrecht: is alles van waarde weerloos?, Preadviezen 2011 uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk recht, Deventer: Kluwer 2011, p. 35-36.

¹⁴⁸ EHRM 17 juli 2008, zaaknr. 20511/03 (I./Finland); EHRM 25 november 2008, zaaknr. 36919/02 (Armoniené/Litouwen) en EHRM 20 januari 2009, zaaknr. 23815/04 (Uslu/Turkije). Zie hierover ook uitvoerig C.P.J. Wijnakker, ‘Omgaan met medische informatie in overeenstemming met artikel 8 EVRM’, VR 2012, nr. 11, p. 398-405.

¹⁴⁹ Zie voor het recht op vertrouwelijkheid (geheimhouding) EHRM 17 juli 2008, zaaknr. 20511/03 (I./Finland) en EHRM 28 april 2009, zaaknr. 32881/04 (K.H. e.a./Slowakije). Zie voor het beschikkingsrecht EHRM 19 oktober 2005, zaaknr. 32555/96 (Roche/Verenigd Koninkrijk); EHRM 20 januari 2009, zaaknr. 23815/04 (Uslu/Turkije) en EHRM 28 april 2009, zaaknr. 32881/04 (K.H. e.a./Slowakije).

¹⁵⁰ Dit volgt uit artikel 93 en 94 van de Grondwet. Zie ook HR 9 september 2011, L/JN BQ8097. Rechters moeten het Nederlandse recht interpreteren in de geest van de bepalingen uit het EVRM, zie ook G.E. van Maanen en S.D. Lindenberg, ‘EVRM en privaatrecht: is alles van waarde weerloos?’, Preadviezen 2011 uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht, Deventer: Kluwer 2011, p. 58-59.

¹⁵¹ Zie voor de vraag wie de informatie zou *moeten* opvragen (belangenbehartiger of medisch adviseur) A. Wilken, A.J. Akkermans en J. Legemaate, Medisch beoordelingstraject bij Letselschade. Inventarisatie bestaande normering, knelpunten en mogelijke oplossingsrichtingen, Letselschade Raad 2010, p. 60-62.

Ingevolge artikel 16 Wbp is verwerking van persoonsgegevens betreffende iemands gezondheid¹⁵² verboden behoudens de in paragraaf 2 (de verwerking van bijzondere persoonsgegevens) opgesomde uitzonderingen.¹⁵³ Een aantal uitzonderingen is opgenomen in artikel 23 Wbp.¹⁵⁴ Van belang in het kader van het *buitengerechtelijk traject* ter verhaal van schade is artikel 23, eerste lid, aanhef en onder a, Wbp, waarin is bepaald dat het verbod om persoonsgegevens te verwerken niet van toepassing is voor zover dit geschiedt met uitdrukkelijke toestemming van de betrokkene.¹⁵⁵ ‘Uitdrukkelijk’ wil zeggen in woord, geschrift of gedrag uitdrukking geven aan de wil om toestemming te verlenen voor verwerking.¹⁵⁶ Ook artikel 8 EVRM vereist toestemming. Gebruik van medische informatie zonder toestemming brengt een ‘*serious interference*’ aangaande het recht op privéleven met zich, zo volgt uit de jurisprudentie van het EHRM.¹⁵⁷ Heeft de patiënt echter toestemming gegeven, dan nog is van een inbreuk op het door artikel 8 EVRM beschermde recht sprake, maar volgt uit die toestemming de legitimering om de medische informatie te gebruiken, *mits* in overeenstemming met de toestemming.¹⁵⁸

In de praktijk komt het erop neer dat de patiënt een machtiging ondertekent, waarin hij zijn (met name genoemde) behandelend artsen ontslaat van hun geheimhoudingsplicht tegenover de belangenbehartiger of diens medisch adviseur. Aan de behandelend artsen wordt doorgaans gevraagd enkele vragen te beantwoorden of gevraagd (delen van) het medisch dossier over te leggen. Als de informatie wordt opgevraagd in het kader van de beoordeling van de aansprakelijkheid van de hulpverlener wordt doorgaans het volledige medisch

152 Het begrip ‘gezondheid’ moet ruim worden uitgelegd; het betreft alle gegevens die de geestelijke of lichamelijke gezondheid van een persoon betreffen, zie Kamerstukken II 1997/98, 25892, nr. 3, p. 109 (MvT).

153 Zie voor de toelichting Kamerstukken II 1997/98, 25892, nr. 3, p. 101-102 (MvT).

154 Artikel 21, eerste lid, aanhef en onder, Wbp ziet op hulpverleners in het kader van de geneeskundige behandeling (verzorging en behandeling) van de patiënt en ziet mijns inziens niet op het traject ter afwikkeling van schade ook al is daar een medisch adviseur bij betrokken (louter ter beoordeling). Artikel 21, eerste lid, aanhef en onder b, Wbp mist eveneens toepassing, zie daarover uitvoerig A. Wilken, A.J. Akkermans en J. Legemaate, Medisch beoordelingstraject bij Letselschade. Inventarisatie bestaande normering, knelpunten en mogelijke oplossingsrichtingen, Letselschade Raad 2010, p. 74.

155 Zie voor het belang van artikel 23, eerste lid, aanhef en onder c, Wbp (verwerking als dat noodzakelijk is voor de vaststelling, uitoefening of de verdediging van een recht in rechte) voor het *gerechtelijke traject* par. 8.3.4. Zie voorts A. Wilken, A.J. Akkermans en J. Legemaate, Medisch beoordelingstraject bij Letselschade. Inventarisatie bestaande normering, knelpunten en mogelijke oplossingsrichtingen, Letselschade Raad 2010, p. 77. Zie ook C.J. van Weering en E. Wytéma, ‘Levenssfeer, medische gegevens en dossier’, *PIV-Bulletin* juni 2010, p. 3-8 met verwijzing naar HR 8 april 2003, *NJ* 2004, 365, met nt. D.H. de Jong op dit punt en C.P.J. Wijnakker, ‘Omgaan met medische informatie in overeenstemming met artikel 8 EVRM’, *VR* 2012, nr. 11, p. 398-405.

156 Kamerstukken II 1997/98, 25892, nr. 3, p. 122-123 (MvT).

157 Zie EHRM 25 februari 1997, zaaknr. 22009/93, par. 112 (Z./Finland).

158 Zie ook C.P.J. Wijnakker, ‘Omgaan met medische informatie in overeenstemming met artikel 8 EVRM’, *VR* 2012, nr. 11, p. 398-405.

dossier opgevraagd. De behandelend arts op zijn beurt heeft de mogelijkheid om een verduidelijking te verlangen in het geval een heel dossier wordt opgevraagd.¹⁵⁹

Hoewel doorgaans van de zijde van de patiënt informatie wordt opgevraagd, is het niet uitgesloten dat (ook) de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar van de hulpverlener dat doet. Wederom is daarvoor ingevolge artikel 23, eerste lid, aanhef en onder a, Wbp en artikel 8 EVRM uitdrukkelijke toestemming van de patiënt vereist, zulks ter legitimering van de inbreuk op zijn privébelang. Het vereiste van toestemming is eveneens neergelegd in artikel 6.1.3 van de Gedragscode Verwerking Persoonsgegevens. Indien de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar informatie wenst te vergaren bij de behandelend artsen, dan dient dit bovendien ingevolge artikel 6.1.4 van de Gedragscode Verwerking Persoonsgegevens door zijn medisch adviseur ‘en de personen die onder zijn verantwoordelijkheid betrokken zijn bij dat advies’ te gebeuren.¹⁶⁰

In de praktijk wordt in de fase waarin de aansprakelijkheid van de hulpverlener door de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar wordt beoordeeld de patiënt veelal bij het eerste contact verzocht om een machtiging te tekenen, teneinde de medisch adviseur van de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar in staat te stellen het volledig dossier op te vragen bij de mogelijk aansprakelijke hulpverlener en deze laatste dus van zijn geheimhoudingsplicht te ontslaan.¹⁶¹ De uitdrukkelijke toestemming van de patiënt geldt als legitimatie voor het opvragen van de op zijn persoon betrekking hebbende medische informatie. Bovendien mag het opvragen van de medische informatie niet verder reiken dan de toestemming; het opvragen dient met de toestemming in overeenstemming te zijn en kan er dus niet toe leiden dat ook bij andere – niet op de machtiging vermelde – personen informatie wordt opgevraagd.¹⁶²

In de literatuur wordt wel de opvatting verdedigd dat de hulpverlener uit eigen beweging en zonder toestemming van de patiënt het medisch dossier van de

¹⁵⁹ Zie KNMG, Richtlijnen inzake het omgaan met medische gegevens, Utrecht 2010, par. 3.12.

¹⁶⁰ Zie voor kritiek op de formulering van artikel 6.1.4 van de Gedragscode Verwerking Persoonsgegevens uitvoerig C.P.J. Wijnakker, ‘Omgaan met medische informatie in overeenstemming met artikel 8 EVRM’, VR 2012, nr. 11, p. 398-405. Wijnakker meent dat dit artikel te veel ruimte laat voor uitwisseling van medische gegevens, wanneer de jurisprudentie van artikel 8 EVRM in aanmerking wordt genomen.

¹⁶¹ Gedragscode Verwerking persoonsgegevens artikel 6.1.5. Zie ook Richtlijnen inzake het omgaan met medische gegevens, KNMG Utrecht 2010, par. 3.1 en 3.2.

¹⁶² Zie voor de noodzaak van een machtiging met specifiek beschreven artsen bij wie informatie kan worden opgevraagd Kamerstukken II 1997/98, 25892, nr. 3, p. 65 (MvT) en zie hierover ook C.P.J. Wijnakker, ‘Omgaan met medische informatie in overeenstemming met artikel 8 EVRM’, VR 2012, nr. 11, p. 398-405.

patiënt in het kader van zijn verdediging aan zijn beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar zou mogen verstrekken, hetgeen zou volgen uit artikel 6 EVRM.¹⁶³ De tekst van artikel 6 EVRM ziet echter (alleen) op een ieders recht op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke termijn, door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht dat bij de wet is ingesteld en dus niet zonder meer ook op het buitengerechtelijk traject. Jurisprudentie van het EHRM dat artikel 6 EVRM ook buiten rechte van toepassing is, is er niet,¹⁶⁴ ook al kan worden betoogd dat buiten rechte in de geest van artikel 6 EVRM zou moeten worden gehandeld. Het is de vraag of dat in het buitengerechtelijk traject ten koste zou moeten gaan van het in artikel 8 EVRM beschermde belang. Ik meen van niet, waarbij ik opmerk dat uit de jurisprudentie van het EHRM in het kader van artikel 8 EVRM volgt dat het EHRM het leveren van bewijs (alleen) *in een civiele procedure* een legitiem doel acht om inbreuk te maken op artikel 8 EVRM.¹⁶⁵ Ik acht een onderscheid bovendien gerechtvaardigd, omdat alleen in een civiele procedure toezicht wordt gehouden door een onpartijdige rechter die de regie voert en over de belangen van partijen waakt.

Beschikt de belangenbehartiger van de patiënt of zijn medisch adviseur over de benodigde medische informatie, dan is het vervolgens de vraag welke informatie – met toestemming van de patiënt – tevens ter beschikking mag of moet worden gesteld aan de medisch adviseur van de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar. Hier dient zich een zeker spanningsveld aan. De beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar heeft doorgaans de wens om over alle informatie te beschikken. Hiermee beoogt de verzekeraar te voorkomen dat, mogelijk voor de schadeafwikkeling relevante, informatie ontbreekt en zij wellicht ten onrechte tot een schade-uitkering overgaat.¹⁶⁶ Inzien van *alle* informatie zou ook passen bij de waarheidsplicht van artikel 21 Rv. In de praktijk leidt dit echter nogal eens tot een ‘overvragen’, met het doel ‘iets’ te vinden. Dit is niet toegestaan: ook al heeft de patiënt toestemming gegeven tot het verstrekken van medische informatie, dan nog heeft hij legitieme belangen die *tegen een ongeclausuleerde* inzage in zijn medisch dossier spreken: zijn privacybelang en het algemene gezondheidsbelang, beide gewaarborgd door artikel 8 EVRM.¹⁶⁷ Deze belangen

163 H.J.J. Leenen, J.K.M. Gevers en J. Legemaate, *Handboek gezondheidsrecht Deel I*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, vijfde geheel herziene druk, 2011, p. 233-234 en de aldaar genoemde literatuur.

164 Zie ook C.P.J. Wijnakker, ‘Inzien van medische informatie: niet via het *equality of arms*-beginsel’, *L&S* 2011, nr. 1, p. 41-45 en C.P.J. Wijnakker, ‘Omgaan met medische informatie in overeenstemming met artikel 8 EVRM’, *VR* 2012, nr. 11, p. 398-405.

165 EHRM 10 oktober 2006, zaaknr. 7508/02 (L.L./Frankrijk).

166 Zie voor een uitwerking A. Wilken, A.J. Akkermans en J. Legemaate, *Medisch beoordelingstraject bij Letselschade. Inventarisatie bestaande normering, knelpunten en mogelijke oplossingsrichtingen*, Letselschade Raad 2010, hoofdstuk 4.

167 Zie voor een uitwerking A. Wilken, A.J. Akkermans en J. Legemaate, *Medisch beoordelingstraject bij Letselschade. Inventarisatie bestaande normering, knelpunten en mogelijke oplossingsrichtingen*, Letselschade

maken dat van een onbeperkte inzage in de medische informatie geen sprake kan zijn en dat steeds de noodzaak van de verwerking van de medische informatie moet worden vastgesteld en dat een belangenafweging moet plaatsvinden om te bepalen welke informatie wel en welke informatie niet mag worden verstrekt.¹⁶⁸ Het uitgangspunt bij deze belangenafweging is dat een inbreuk op de belangen van de patiënt alleen te rechtvaardigen is voor zover wordt voldaan aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit. ‘Proportioneel’ betekent dat de inbreuk in verhouding moet staan tot het daarmee te dienen doel. ‘Subsidiar’ betekent dat inbreuk alleen is toegestaan wanneer er geen reël alternatief is.

Een en ander sluit aan bij de strekking van de Wbp en is in overeenstemming met artikel 8 EVRM. Uit het toetsingskader van artikel 8 EVRM volgt dat wanneer de inbreuk op het privéleven een legitiem doel dient (in het geval van toestemming volgt het legitieme doel uit die toestemming), er vervolgens bekeken moet worden of de inbreuk op artikel 8 EVRM noodzakelijk is in een democratische samenleving. Ter beantwoording van deze vraag wordt bezien of de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit in acht zijn genomen. Ook in artikel 7 Wbp is bepaald dat persoonsgegevens alleen voor bepaalde, uitdrukkelijk omschreven en gerechtvaardigde doeleinden mogen worden verzameld en dat persoonsgegevens niet mogen worden verwerkt op een wijze die onverenigbaar is met de doeleinden waarvoor zij zijn verkregen.

Zijn partijen het er over eens welke informatie in het bezit dient te zijn van beide partijen, dan dient de informatie vervolgens daadwerkelijk in handen te worden gesteld van de medisch adviseur van de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar van de hulpverlener.

In de praktijk wordt hieraan uitvoering gegeven doordat de advocaat van de patiënt de medische informatie in een gesloten envelop ‘ter attentie van de medisch adviseur’ van de verzekeraar zendt. Dit betekent overigens dat de toestemming van de patiënt om de gegevens te verstrekken niet verder reikt dan de toestemming aan die medisch adviseur. De patiënt heeft hiermee geen

Raad 2010, hoofdstuk 5. Het privébelang evenals het algemeen gezondheidsbelang volgt (ook) uit artikel 8 EVRM, zie EHRM 27 augustus 1997, zaaknr. 20837/92 (M.S./Zweden); EHRM 17 juli 2008, zaaknr. 20511/03 (I./Finland); EHRM 2 juni 2009, zaaknr. 36936/05 (Szuluk/Verenigd Koninkrijk) en EHRM 17 januari 2012, zaaknr. 20376/05 (Varapnickaitė-Mažylienė/Litouwen).

¹⁶⁸ Zie ook A. Wilken, A.J. Akkermans en J. Legemaate, Medisch beoordelingstraject bij Letselschade. Inventarisatie bestaande normering, knelpunten en mogelijke oplossingsrichtingen, Letselschade Raad 2010, p. 49 en C.P.J. Wijnakker, ‘Omgaan met medische informatie in overeenstemming met artikel 8 EVRM’, VR 2012, nr. 11, p. 398-405.

toestemming gegeven om informatie aan een ander te verstrekken, zoals medisch deskundigen of andere (onbekende) medisch adviseurs.¹⁶⁹

Beide medisch adviseurs zullen vervolgens op basis van de hun ter beschikking staande informatie de medische feiten interpreteren, beoordelen en hun opdrachtgever adviseren. Op basis van dat advies kunnen de belangenbehartiger en de aansprakelijkheidsverzekeraar een juridisch standpunt innemen. Hier is het de vraag of bij dat advies alsnog de gebruikte medische informatie *zonder toestemming* van de patiënt overgelegd mag worden aan de verzekeraar, zodat deze zelf kan beoordelen of de opgevraagde informatie toereikend is geweest. Uit de toelichting op artikel 6.1 en verder van de Gedragscode Verwerking Persoonsgegevens blijkt dat het de medisch adviseur is toegestaan om de in zijn ogen relevante informatie tevens onder de aandacht te brengen van de schadecorrespondent van de verzekeraar zonder dat daarvoor toestemming van de patiënt voor nodig is,¹⁷⁰ maar dient zich mijns inziens de vraag aan of dit strookt met artikel 8 EVRM. Artikel 8 EVRM kent immers als uitgangspunt dat een inbreuk op het door artikel 8 EVRM gewaarborgde recht op privéleven alleen bij een legitiem doel op die inbreuk (en de inbreuk moet noodzakelijk zijn) geen schending van artikel 8 EVRM met zich brengt. Een legitiem doel is gelegen in de toestemming van de patiënt of bijvoorbeeld het leveren van bewijs in een civiele procedure. Een ander legitiem doel – het belang van een verzekeraar om naast zijn medisch adviseur op de hoogte te geraken van medische informatie ter beoordeling van de vordering – is, zoals reeds opgemerkt, vooralsnog niet aan het ERHRM voorgelegd en dus ook niet erkend.¹⁷¹ Dat in het buitengerechtelijke traject een andere beoordeling gerechtvaardigd is vloeit mijns inziens voort uit de omstandigheid dat het bij een beoordeling in een buitengerechtelijk traject aan de regie en het wakend oog (ten aanzien van de belangen van beide partijen) van een rechter ontbreekt. Bovendien dringt zich naar mijn mening de vraag aan of de proportionaliteit en subsidiariteit zich niet tegen inzage verzetten, nu de verzekeraar ook kan afgaan of het oordeel van de medisch adviseur.

Ook uit de jurisprudentie van de tuchtrechter blijkt dat verstrekking van medische informatie aan de verzekeraar zonder toestemming van de patiënt in strijd is met de goede beroepsuitoefening in de gezondheidszorg. Het CTG

169 Zie in die zin ook A. Wilken, A.J. Akkermans en J. Legemaate, Medisch beoordelingstraject bij Letselschade. Inventarisatie bestaande normering, knelpunten en mogelijke oplossingsrichtingen, Letselschade Raad 2010, p. 107 en C.P.J. Wijnakker, 'Omgaan met medische informatie in overeenstemming met artikel 8 EVRM', VR 2012, nr. 11, p. 398-405.

170 Toelichting op de Gedragscode verwerking persoonsgegevens, p. 30 bij de gedragscode zelf. Zie ook A. Wilken, A.J. Akkermans en J. Legemaate, Medisch beoordelingstraject bij Letselschade. Inventarisatie bestaande normering, knelpunten en mogelijke oplossingsrichtingen, Letselschade Raad 2010, p. 98.

171 Zie C.P.J. Wijnakker, 'Omgaan met medische informatie in overeenstemming met artikel 8 EVRM', VR 2012, nr. 11, p. 398-405.

bepaalde dat het de medisch adviseur van de verzekeraar – in tegenstelling tot zijn collega aan de zijde van de patiënt – niet vrij staat het medisch dossier of gedeelten daarvan te verstrekken aan de verzekeraar, ook niet in de vorm van een resumé.¹⁷²

In sommige gevallen bestaat van de kant van de patiënt behoefte om kennis te nemen van hetgeen de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar en/of diens medisch adviseur vervolgens met diens medische informatie doet en hoe hij die informatie beoordeelt. Aan die behoefte wordt tegemoet gekomen: aan medische gegevens die door de verzekeraar of de medisch adviseur worden verwerkt en bewaard, kleeft een inzage- en beschikkingsrecht. Het inzage-recht en het recht op een afschrift volgt ten eerste uit artikel 7:456 BW. De rechten op dit artikel kunnen worden ingeroepen ten opzichte van de medisch adviseur, voor zover de rechtsbetrekking zich hiertegen niet verzet. Dat de rechtsbetrekking zich tegen inzage zou verzetten, lijkt niet het geval te zijn, zeker niet als het inzage-recht wordt bezien in het licht van het artikel 35 Wbp en artikel 8 EVRM, zie hierna.¹⁷³ Het inzage-recht betreft dan het advies van de medisch adviseur. Het inzage-recht van de patiënt is eveneens te baseren op artikel 35 Wbp.¹⁷⁴ De patiënt heeft recht kennis te nemen van de over hem verwerkte persoonsgegevens, aldus artikel 35, eerste lid, Wbp. Een reden daarvoor hoeft de patiënt niet te geven.¹⁷⁵ Indien zodanige gegevens worden verwerkt, bevat de mededeling een volledig overzicht daarvan in begrijpelijke vorm, een omschrijving van het doel of de doeleinden van de verwerking, de categorieën van gegevens waarop de verwerking betrekking heeft en de ontvangers of categorieën van ontvangers, alsmede de beschikbare informatie over de herkomst van de gegevens, aldus artikel 35, tweede lid, Wbp. Ingevolge artikel 35, derde lid, Wbp stelt de verzekeraar of medisch adviseur de patiënt in de gelegenheid zijn zienswijze naar voren te brengen, indien de mededeling gegevens bevat die hem betreffen, tenzij dit onmogelijk blijkt of een onevenredige inspanning kost. Uiteraard geldt dit ook ten opzichte van de belangenbehartiger en de medisch adviseur van de patiënt, doch doorgaans zullen zij die inzage al hebben gegeven. Het inzage- en beschikkingsrecht

172 CTG 15 mei 2007, zaaknr. 2006/101.

173 Zie in die zin ook A. Wilken, A.J. Akkermans en J. Legemaate, Medisch beoordelingstraject bij Letselschade. Inventarisatie bestaande normering, knelpunten en mogelijke oplossingsrichtingen, Letselschade Raad 2010, p. 125. Ook door de tuchtrechter wordt in het kader van de toetsbaarheid van de medisch adviseur een recht van inzage aangenomen, zie bijvoorbeeld CTG 19 juli 2007, zaaknr. 2006/026 en RTG Amsterdam 15 mei 2001, zaaknr. 00-012. Zie over het inzage-recht van de patiënt op grond van Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW voorts hoofdstuk 3, par. 3.4.3.2.

174 Zie ook C.A.M. Roijackers, 'De Wet Bescherming Persoonsgegevens: onbekend maakt onbemind?', *L&S* 2007, nr. 3, p. 13-14 en A. Wilken, 'De betekenis van de Wet Bescherming Persoonsgegevens voor het medisch beoordelingstraject bij letselschade', *TVP* 2008, 4, p. 109-117 en A. Wilken, A.J. Akkermans en J. Legemaate, Medisch beoordelingstraject bij Letselschade. Inventarisatie bestaande normering, knelpunten en mogelijke oplossingsrichtingen, Letselschade Raad 2010, p. 114 e.v.

175 Zie bijvoorbeeld Gerechtshof Amsterdam 31 januari 2012, *LJN* BV2565.

ten opzichte van de verzekeraar is voorts neergelegd in artikel 6.1.6 van de Gedragscode Verwerking Persoonsgegevens. De Wbp is daarmee in overeenstemming met artikel 8 EVRM, dat de patiënt een beschikkingsrecht toekent.¹⁷⁶

In de praktijk betekent dit dat de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar de patiënt desgevraagd mededeling moet doen van de verwerking van diens persoonsgegevens en de patiënt inzage in zijn medisch dossier moet verlenen of de medische gegevens ter beschikking moet stellen. Van het medisch dossier maken deel uit de medische stukken inclusief de medische machtiging, de aanbiedingsbrieven aan de advocaten van de verzekeraar, medische adviezen van de medisch adviseur van de verzekeraar evenals brieven die de medisch adviseur aan verschillende rapporterende artsen heeft gestuurd. Overige correspondentie met de advocaat van de verzekeraar en werkaantekeningen van de medisch adviseur vallen volgens de Nederlandse rechtspraak daarentegen niet onder het inzage-recht.¹⁷⁷ Het verschaffen van alle relevante informatie over de verwerking van die persoonsgegevens gebeurt door het verstrekken van afschriften, kopieën of uittreksels.¹⁷⁸

Een weigering tot het inwilligen van het beschikkingsrecht brengt een inbreuk op het in artikel 8 EVRM gewaarborgde belang van het privéleven van de patiënt met zich, waarvan het beschikkingsrecht deel uitmaakt.¹⁷⁹ Komt de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar of diens medisch adviseur niet tegemoet aan het inzage- en beschikkingsrecht, dan kan de patiënt zich ingevolge artikel 46 Wbp tot de civiele rechter wenden met het schriftelijk verzoek de aansprakelijkheidsverzekeraar te gebieden inzage te verlenen.¹⁸⁰ Artikel 49 Wbp

176 EHRM 19 oktober 2005, zaaknr. 32555/96 (Roche/Verenigd Koninkrijk); EHRM 20 januari 2009, zaaknr. 23815/04 (Uslu/Turkije) en EHRM 28 april 2009, zaaknr. 32881/04 (K.H./Slowakije). Alleen een recht op inzage in de stukken is onvoldoende, zo volgt uit EHRM 28 april 2009, zaaknr. 32881/04 par. 47 en 65 evenals de dissenting opinion van rechter Sikuta (K.H./Slowakije).

177 HR 29 juni 2007, *NJ* 2007, 638; HR 29 juni 2007, *RvdW* 2007, 641; Gerechtshof Amsterdam 5 juli 2011, *LJN* BR3020 en Gerechtshof Amsterdam 31 januari 2012, *LJN* BV2565; CTG 19 juli 2007, zaaknr. 2006/026 en RTG Amsterdam 15 mei 2001, zaaknr. 00-012. Zie anders (medisch advies niet onder de Wbp): Rechtbank Utrecht 17 november 2010, *JA* 2011, 50, met nt. J.P.M. Simons. Zie voor een afwijzing van 35 Wbp ook Rechtbank Middelburg 19 januari 2011, *NP* 2011, 15 (verzekeraar geen procespartij). Zie voor (persoonlijke) werkaantekeningen buiten het inzage-recht: Kamerstukken II 1990/91, 21561, nr. 6, p. 45 (MvA) en KNMG, Richtlijnen inzake het omgaan met medische gegevens, Utrecht 2010, par. 1.1.2.

178 HR 29 juni 2007, *RvdW* 2007, 641.

179 Zie ook C.P.J. Wijnakker, 'Omgaan met medische informatie in overeenstemming met artikel 8 EVRM', *VR* 2012, nr. 11, p. 398-405.

180 Indien een bestuursorgaan, zoals een Universitair Medisch Centrum, inzage zou weigeren dan kan de patiënt zich ingevolge artikel 45 Wbp tot de bestuursrechter wenden, zie voor een voorbeeld (besluit door Universitair Medisch Centrum Groningen) ABRvS 30 november 2011, *TvGr* 2012, nr. 6.

geeft de patiënt voorts een zelfstandige grond voor schadevergoeding in geval van schending van een van de verplichtingen van de Wbp.¹⁸¹

Een voorbeeld van een zaak waarbij het inzagerecht in een medische zaak (voor het eerst) ter discussie werd gesteld betreft een uitspraak van de Rechtbank Zutphen. De patiënte in casu was slachtoffer geworden van een medische fout. Haar medische gegevens kwamen vervolgens in handen van de verzekeraar Centraal Beheer. De patiënte verzocht de rechtbank te bevelen te voldoen aan artikel 35, tweede lid, Wbp. De rechtbank stelde voorop dat zodra een verzekeraar de beschikking krijgt over gegevens van een letselschadeslachtoffer, deze zich bezig houdt met het verwerken van (medische) persoonsgegevens in de zin van de Wbp. Het feit dat de verzekeraar persoonsgegevens opslaat in een papieren dossier, al dan niet in een afzonderlijke kast, maakte niet dat er geen sprake was van een bestand als bedoeld in artikel 2 Wbp. Het inzagerecht kon worden gebaseerd op artikel 6.1.1 van de Gedragscode (oud), aldus de rechtbank. De rechtbank overwoog verder dat de patiënte inzage moest krijgen in haar medisch dossier, waartoe ook behoorde de medische machtiging. Ook ten aanzien van aanbiedingsbrieven aan advocaten gold dat de patiënte in staat moest zijn te controleren of haar persoonsgegevens door de verzekeraar, dan wel diens medisch adviseur, op de door de wet en de Gedragscode voorgeschreven wijze waren verwerkt. De medisch adviseur was immers slechts gerechtigd om uitsluitend voor de procedure noodzakelijke medische informatie over het slachtoffer aan de leden van de Functionele eenheid¹⁸² te verstrekken, zo ging de rechtbank verder. Het enkele feit dat de verzekeraar deze aanbiedingsbrieven niet in het medische dossier bewaarde, maar in een aparte map leidde niet tot een ander oordeel. De verzekeraar kon niet door simpelweg enkele stukken uit het medisch dossier in een andere map op te bergen bewerkstelligen dat deze stukken niet onder de werking van de Wbp vielen. Werkaantekeningen van de medisch adviseur vielen volgens de rechtbank echter niet onder het inzagerecht van de Gedragscode, omdat zij conform die code niet in het dossier worden opgenomen. Interne notities maken evenmin onderdeel uit van het medisch dossier. Anders lag dat volgens de rechtbank bij medische adviezen die door de medisch adviseur van de verzekeraar zijn uitgebracht. Aangenomen werd dat deze stukken wel onderdeel uitmaakten van het medisch dossier van de patiënte. Er moest dan ook inzage worden verschaft in het medisch advies.¹⁸³

181 Zie bijvoorbeeld Rechtbank Zwolle-Lelystad 4 mei 2011, zaaknr. 17493/HAZA 10-226 (niet gepubliceerd).

182 Term die werd gebruikt in de oude Gedragscode Verwerking persoonsgegevens.

183 Rechtbank Zutphen 8 oktober 2009, *LJN* BK4206. Zie nader voor het executiegeschil Rechtbank Zutphen 29 januari 2010, *LJN* BL1734. Zie ook over deze uitspraak C.J. van Weering en E. Wytema, 'Levenssfeer,

Een ander voorbeeld betreft een beschikking van het Gerechtshof Amsterdam. De patiënt in casu was na een verkeersongeval waarbij hij een fractuur van het rechter bovenbeen had opgelopen, opgenomen in het ziekenhuis. In het ziekenhuis is vervolgens een logesyndroom aan beide onderbenen opgetreden, waarvoor de patiënt het ziekenhuis aansprakelijk heeft gesteld. Aansprakelijkheid werd afgewezen op basis van het medisch advies van de medisch adviseur van verzekeraar MediRisk. In navolging daarvan verzocht (de advocaat van) de patiënt op basis van artikel 35 Wbp inzage in van de medische gegevens verstrekt aan en ten behoeve van bij MediRisk werkzame medewerkers en adviseurs. MediRisk weigerde echter. De patiënt verzocht hierop de Rechtbank Utrecht om inzage te gelasten, welk verzoek werd afgewezen.¹⁸⁴ In hoger beroep wees het Gerechtshof Amsterdam het verzoek echter toe, voor zover dit het medisch advies van de medisch adviseur betrof. Een dergelijk advies viel volgens het hof niet aan te merken als een interne notitie (interne notities vallen volgens het oordeel van het hof niet onder het inzagerecht). Het hof beval voorts een overzicht te verstrekken van alle zich in het dossier ten aanzien van de patiënt bevindende stukken, inclusief bijlagen.¹⁸⁵

Anders oordeelde de Rechtbank Zutphen ten aanzien van het medisch advies van de medisch adviseur van de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar dat naar het oordeel van de rechtbank alleen een interpretatie bevatte van een deskundigenrapport dat bij beide partijen bekend was. Dit advies viel niet onder de verwerking van persoonsgegevens en hoefde niet te worden verstrekt, aldus de rechtbank.¹⁸⁶

medische gegevens en dossier', *PIV-Bulletin Special*, juni 2010, p. 3-8 en A. Wilken, 'Artikel 35 Wbp; wel of geen inzage in de adviezen van de medisch adviseur van de verzekeraar?', *TvGr* 2011, nr. 3, p. 188-198. Zie voor een bespreking voorts A. Wilken, A.J. Akkermans en J. Legemaate, Medisch beoordelingstraject bij Letselschade. Inventarisatie bestaande normering, knelpunten en mogelijke oplossingsrichtingen, Letselschade Raad 2010, p. 116-118. Zie anders (geen inzage medisch advies) Rechtbank Utrecht 17 november 2010, *JA* 2011, 50, met nt. J.P.M. Simons, eveneens besproken door A. Wilken, 'Artikel 35 Wbp; wel of geen inzage in de adviezen van de medisch adviseur van de verzekeraar?', *TvGr* 2011, nr. 3, p. 188-198.

184 Rechtbank Utrecht 11 mei 2011, zaaknr. 294465/HA RK 10-407 (niet gepubliceerd).

185 Gerechtshof Amsterdam, nevenzittingsplaats Arnhem, 31 januari 2012, *LJN* BV2565. Van de beschikking is door MediRisk cassatieberoep ingesteld. Nadat de A-G had geconcludeerd tot verwerping van het cassatieberoep is begin mei 2013 het cassatieberoep ingetrokken, waarmee de uitspraak van het hof kracht van gewijsde heeft gekregen.

186 Rechtbank Zutphen 24 januari 2013, zaaknr. 135005/KG ZA 12-381 (niet gepubliceerd). Een plicht tot verstrekking bleef ook uit in een zaak waarin een werknemer de bedrijfsarts verzocht om inzage in documenten waarover deze laatste niet meer de beschikking had, zie Rechtbank Middelburg 21 december 2012, *LJN* BZ5988.

Het inzage- en beschikkingsrecht is niet onbeperkt: uitzonderingen op het recht van de patiënt zijn (in overeenstemming met artikel 8 EVRM) neergelegd in artikel 43 Wbp, waarin – voor zover hier van belang – is bepaald dat de verantwoordelijke artikel 35 Wbp buiten toepassing kan laten, indien dat *noodzakelijk* is in het belang van de bescherming van de betrokkene of van de rechten en vrijheden van anderen (sub e).¹⁸⁷ Door de rechter is geoordeeld dat om die reden inzage in een MIP-melding – ook al bevat zij persoonsgegevens van de patiënt – achterwege dient te blijven, vanwege het belang van een ziekenhuis bij het goed functioneren van het meldingssysteem.¹⁸⁸ Dit is in lijn met eerdere (niet Wbp-) jurisprudentie.¹⁸⁹ Aldus zal de melding ook niet via de verzekeraar kunnen worden verkregen. Wel dient ook bij de gelegitimeerde weigerig te worden voldaan aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit, zo volgt uit artikel 8 EVRM. Dit betekent dat daar waar over medische informatie kan worden beschikt door bijvoorbeeld niet-medische informatie onleesbaar te maken, die informatie toch moet worden verstrekt.¹⁹⁰

Als voorbeeld dient een uitspraak van de Rechtbank Utrecht. Een patiënt had ter griffie van de rechtbank het verzoek ingediend strekkende tot het bevel dat het ziekenhuis opgave zou doen van de MIP-melding, die betrekking had op het ten onrechte achterlaten c.q. niet tijdig verwijderen van materiaal bij de patiënt na een operatieve ingreep en voorts om aan de patiënt een kopie van de MIP-melding te verstrekken, omdat het een tot de patiënt te herleiden gegevensdrager was. De rechtbank overwoog ten eerste dat de Wbp van toepassing was op de MIP-melding. Vervolgens verwierp zij het verweer van het ziekenhuis dat met het ter kennis brengen van het feit dat melding was gedaan, reeds was voldaan aan de verplichting van artikel 35 Wbp. Ook verwierp de rechtbank het verweer dat, nu het bestuur van het ziekenhuis zelf niet over de MIP-melding beschikte, dit reden was om geen opgave te hoeven doen. Desalniettemin oordeelde de rechtbank vervolgens dat artikel 43 sub e Wbp in de weg stond aan verstrekking van de MIP-melding. De rechtbank overwoog als volgt: ‘Het belang van het ziekenhuis bij het functioneren van het meldingssys-

187 Zie ook A. Wilken, A.J. Akkermans en J. Legemaate, Medisch beoordelingstraject bij Letselschade. Inventarisatie bestaande normering, knelpunten en mogelijke oplossingsrichtingen, Letselschade Raad 2010, p. 120-124.

188 Rechtbank Utrecht 17 november 2010, L/JN BO5227.

189 Gerechtshof Leeuwarden, 9 december 2008, NJ 2009, 200 en JA 2009, 30, met nt. J.P.M. Simons. Zie ook Rechtbank Arnhem 8 juli 2009, TvGr 2009, nr. 32, met nt. W.R. Kastelein en Gerechtshof Leeuwarden (tussenvonnis) 28 februari 2007, NJ 2009, 199. Zie anders Rechtbank Zwolle-Lelystad 20 december 2007, JA 2008, 24 (feitenrelazen) en Rechtbank Arnhem 1 maart 2009, L/JN BH9159. Zie voor een bespreking ook J. Meyst-Michels, ‘Kroniek medische aansprakelijkheid’, AV&S 2011, 3. Zie ook hoofdstuk 3, par. 3.4.1.2 en 3.4.3.3.

190 Zie ook C.P.J. Wijnakker, ‘Omgaan met medische informatie in overeenstemming met artikel 8 EVRM’, VR 2012, nr. 11, p. 398-405.

teem is duidelijk. Ook is voldoende aannemelijk dat vertrouwelijkheid bij dit meldingssysteem centraal staat en dat als die vertrouwelijkheid niet gewaarborgd is het functioneren van het systeem minst genomen belemmerd wordt. Naar het oordeel van de rechtbank rechtvaardigt het belang van het ziekenhuis bij het goed functioneren van het meldingssysteem dat artikel 35 Wbp buiten toepassing blijft.¹⁹¹

Een andere vraag die in de praktijk speelt is of andersom ook de verzekeraar of diens medisch adviseur recht heeft op inzage in het medisch advies dat is opgesteld door de medisch adviseur van de (belangenbehartiger van de) patiënt. Een plicht daartoe zou volgens sommige auteurs bestaan op grond van het ‘*equality of arms*-beginsel’, dat uit artikel 6 EVRM volgt.¹⁹² Deze plicht ontmoet echter kritiek, omdat de tekst van artikel 6 EVRM spreekt over de rechten in een *gerechtelijke* procedure,¹⁹³ en het beginsel alleen zou zien op informatie die in handen van de rechter is gekomen.¹⁹⁴ Op het ‘*equality of arms*-beginsel’ zelf wordt hierna bij de analyse van de bodemprocedure ingegaan.¹⁹⁵

In het verlengde van het inzagerecht in de medische informatie die de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar verwerkt, ligt het blokkeringsrecht van de patiënt. Dit recht komt de patiënt op grond van artikel 7:464, tweede lid, onder b, BW toe ten aanzien van handelingen als omschreven in artikel 7:466, vierde lid, BW, de zogenoemde ‘keuringshandelingen’.¹⁹⁶ Strikt genomen lijkt de bepaling ook van toepassing op het medisch advies van de medisch adviseur van de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar: het betreft een advies dat ziet op de beoordeling van de gezondheidstoestand van de patiënt en er is opdracht van een ander dan de patiënt.¹⁹⁷ In die zin is er geen verschil met de medisch deskundige die een deskundigenbericht uitbrengt; ten aanzien van het rapport van de medisch deskundige is reeds

191 Rechtbank Utrecht 17 november 2010, LJN BO5227.

192 A. Wilken, A.J. Akkermans en J. Legemaate, Medisch beoordelingstraject bij Letselschade. Inventarisatie bestaande normering, knelpunten en mogelijke oplossingsrichtingen, Letselschade Raad, 2010, p. 126. Zie ook artikel 3 Richtlijn Letselschade Raad betreffende het medisch traject na verkeersongevallen, waar nog wel eens een beroep op wordt gedaan.

193 Zie voor kritiek C.P.J. Wijnakker, ‘Inzien van medische informatie: niet via het equality of arms-beginsel’, *L&S* 2011, 1, p. 41-45; C.P.J. Wijnakker, ‘Omgaan met medische informatie in overeenstemming met artikel 8 EVRM’, *VR* 2012, nr. 11, p. 398-405 en P. van der Nat, ‘Personenschade en equality of arms’, *NJB* afl. 41/2010, p. 2650-2652.

194 Zie bijvoorbeeld EHRM 27 maart 2012, zaaknr. 20041/10, par. 40 (Eternit/Frankrijk): Le principe de l’égalité des armes requiert que la procédure ait fourni à la requérante une occasion de présenter sa cause dans des conditions ne la plaçant pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire.

195 Zie par. 8.3.2.1 en 8.3.4.

196 Zie over het blokkeringsrecht ook hoofdstuk 3, par. 3.3.2.

197 Zie ook A. Wilken, A.J. Akkermans en J. Legemaate, Medisch beoordelingstraject bij Letselschade. Inventarisatie bestaande normering, knelpunten en mogelijke oplossingsrichtingen, Letselschade Raad, 2010, p. 130-134.

bepaald dat de patiënt een recht van eerste inzage en een blokkeringsrecht toekomt.¹⁹⁸ Het blokkeringsrecht brengt met zich dat het de patiënt wordt toegestaan om te voorkomen dat het advies van de medisch adviseur van de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar ter kennis van deze verzekeraar wordt gebracht (of ter kennis van de belangenbehartiger van de patiënt maar daaraan bestaat doorgaans geen behoefte).¹⁹⁹ In de literatuur wordt echter de vraag opgeworpen – en mijns inziens terecht – of het niet tot een onwerkbaar situatie zou leiden (ook in het nadeel van de patiënt), indien de medisch adviseur zou worden verhinderd advies uit te brengen aan de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar. In diezelfde literatuur wordt overigens aangenomen dat het blokkeringsrecht niet geldt indien het louter en alleen een beoordeling van het handelen van de mogelijk aansprakelijke hulpverlener betreft.²⁰⁰

Andere aan de patiënt toekomende rechten met betrekking tot de medische informatie in het bezit van de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar zijn geregeld in artikel 36 Wbp. Dit artikel bepaalt dat degene aan wie kennis is gegeven van hem betreffende persoonsgegevens, de verantwoordelijke kan verzoeken deze te verbeteren, aan te vullen, te verwijderen,²⁰¹ of af te schermen indien deze feitelijk onjuist zijn, voor het doel of de doeleinden van de verwerking onvolledig of niet ter zake dienend zijn dan wel anderszins in strijd met een wettelijk voorschrift worden verwerkt. Het artikel is daarmee een variant op de artikelen 7:454, tweede lid, BW en 7:455 BW.²⁰² Artikel 36, tweede lid, Wbp geeft de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar het recht een aanvulling – zij het met redenen omkleed – te weigeren.

Hiervoor werd opgemerkt dat de medisch adviseurs op basis van de hun ter beschikking staande informatie de medische feiten zullen interpreteren, beoordelen en op basis daarvan hun opdrachtgever zullen adviseren. In sommige situaties echter is de medisch adviseur (nog) niet in staat om een advies te geven, maar heeft hij daarvoor de deskundigheid van een collega-arts nodig. Het inschakelen van een op het specifieke terrein meer deskundig arts voor nader onderzoek is toegestaan,²⁰³ zij het dat de patiënt moet worden geïnformeerd over de aard, de omvang en het doel van het onderzoek,²⁰⁴ en dat – opnieuw – eerst toestemming van de patiënt wordt verkregen voor gebruik van de medische informatie door

198 Zie hoofdstuk 3, par. 3.3.2. Zie voorts par. 8.2.4.1.

199 Zie voor het blokkeringsrecht hoofdstuk 3, par. 3.3.2.

200 A. Wilken, A.J. Akkermans en J. Legemaate, Medisch beoordelingstraject bij Letselschade. Inventarisatie bestaande normering, knelpunten en mogelijke oplossingsrichtingen, Letselschade Raad 2010, p. 134 met verwijzing naar andere literatuur.

201 Zie voor een voorbeeld van een verzoek van een patiënt (niet aan een verzekeraar) Gerechtshof Leeuwarden 12 juli 2011, *LJN* BR5585.

202 In Kamerstukken II 1989/90, 21561, nr. 3, p. 18 (MvT) wordt nog verwezen naar het toen geldende Wet Persoonsregistraties, artikel 31.

203 CTG 31 augustus 2004, *TVP* 2005, 2, met nt. C.H. van Dijk.

204 Artikel 4 GAV Beroepscode.

een externe partij.²⁰⁵ Dit klemmt te meer als het externe advies het karakter heeft of krijgt van een contra-expertise.²⁰⁶ De patiënt heeft ingevolge artikel 7:464, tweede lid, BW een inzage- en beschikkingsrecht ten aanzien van die nieuwe informatie.

Komen de medisch adviseurs er ook met een nader advies van een collega-arts niet uit of zijn de adviezen niet eenstemmig, dan wordt – afhankelijk van de omstandigheden van het geval en de houding van de belangenbehartiger en de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar – een medisch deskundige opdracht gegeven om een deskundigenrapport uit te brengen. Is dit laatste aan de orde, dan zal de medisch deskundige die in het kader van zijn opdracht om een deskundigenbericht uit te brengen medische informatie nodig heeft, die informatie doorgaans van de belangenbehartiger van de patiënt toegezonden krijgen, zulks met voorafgaande toestemming van de patiënt. Heeft de medisch deskundige aanvullende medische informatie nodig, dan zal hij daarvoor separaat toestemming moeten hebben van de patiënt, voor zover hem de toestemming bij de opdracht niet reeds uitdrukkelijk is gegeven, zo volgt uit het wettelijk kader van artikel 7:457, eerste lid, BW, artikel 16 Wbp in samenhang gelezen met artikel 23, eerste lid, aanhef en onder a, Wbp en artikel 8 EVRM. Heeft de medisch deskundige zijn deskundigenrapport in concept gereed, dan dient hij het deskundigenbericht aan de patiënt ter inzage toe te zenden. Dit geldt zowel in de situatie dat alleen de patiënt de opdracht tot het uitbrengen van een deskundigenbericht heeft gegeven als in de situatie dat hij dit tezamen met de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar heeft gedaan. Is de patiënt alleen opdrachtgever, dan vloeit dit recht voort uit artikel 7:456 BW. Is de opdracht tezamen met de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar gegeven, dan wordt ingevolge artikel 7:464, tweede lid, sub b, BW de patiënt een recht van inzage gegeven.²⁰⁷ Het inzagerecht van de patiënt is eveneens te baseren op artikel 35 Wbp en artikel 8 EVRM.²⁰⁸ Uit artikel 7:464, tweede lid, sub b, BW volgt tevens dat de patiënt

205 A. Wilken, A.J. Akkermans en J. Legemaate, Medisch beoordelingstraject bij Letselschade. Inventarisatie bestaande normering, knelpunten en mogelijke oplossingsrichtingen, Letselschade Raad 2010, p. 107 en C.P.J. Wijnakker, 'Omgaan met medische informatie in overeenstemming met artikel 8 EVRM', VR 2012, nr. 11, p. 398-405. Zie ook par. 6 van de Toelichting op de GAV Beroepscode. Zie voorts CTG 31 augustus 2007, zaaknr. 2003/178; RTG Amsterdam 24 januari 2006, L&S 2007, 5, met nt. A.J. Van en Rechtbank Haarlem 4 januari 2013, LJN BZ0050. Zie voor een andere – gezien het wettelijk kader mijns inziens onjuiste – mening (geen toestemming) C.H. van Dijk, annotatie bij CTG 31 augustus 2004, TVP 2005, 2, p. 58-61 en A.J. Van, Het medisch traject, Handboek Personenschade (losbl.), p. 4210-1-174.

206 RTG Amsterdam 24 januari 2006, L&S 2007, 5, met nt. A.J. Van.

207 Het recht van eerste inzage en het blokkeringsrecht zijn op beoordelingen door de medisch deskundige in het kader van een aansprakelijkheidskwestie van toepassing met ingang van 1 mei 2000, zie hoofdstuk 3, par. 3.3.2 en HR 26 maart 2004, TvGr 2004, nr. 33, met nt. J. van der Burg, JBPr 2004, 37, met nt. C.J.M. Klaassen en NJ 2009, 340, met nt. F.C.B. van Wijmen, alsmede HR 12 augustus 2005, NJ 2009, 341.

208 EHRM 19 oktober 2005, zaaknr. 32555/96 (Roche/Verenigd Koninkrijk); EHRM 20 januari 2009, zaaknr. 23815/04 (Uslu/Turkije) en EHRM 28 april 2009, zaaknr. 32881/04 (K.H./Slowakije). Alleen een recht op inzage in de stukken is onvoldoende, zo volgt uit EHRM EHRM 28 april 2009, zaaknr. 32881/04, par. 47 en 65 evenals de *dissenting opinion* van rechter Sikuta (K.H./Slowakije).

ten aanzien van het deskundigenrapport een blokkeringsrecht toekomt, waarmee hij verdere verspreiding van het deskundigenrapport kan verhinderen.

Daarbij verdient opmerking dat voor zover de opdracht aan de deskundige ziet op de beoordeling van de aansprakelijkheid van de hulpverlener zich de vraag aandient of de beoordeling de gezondheidstoestand of medische begeleiding van de patiënt betreft en daarmee of sprake is van een situatie waarop het inzage- en blokkeringsrecht als bedoeld in artikel 7:464, tweede lid, BW in samenhang gelezen met artikel 7:446, vierde lid BW van toepassing is. In de literatuur wordt daarover verschillend gedacht.²⁰⁹ Mogelijkheden om wel van een eerste inzage- en blokkeringsrecht uit te gaan, zijn gelegen in de omstandigheid dat het in de praktijk vaak zal voorkomen dat in deskundigenberichten die betrekking hebben op het beoordelen van het handelen van de hulpverlener ook de gezondheidstoestand van de patiënt wordt beoordeeld en in de omstandigheid dat artikel 7:446, vierde lid, BW ook zo kan worden gelezen dat het gaat om handelen ter beoordeling van de gezondheidstoestand van de patiënt en om handelingen ter beoordeling van de medische begeleiding van de patiënt.²¹⁰

Geeft de patiënt te kennen geen gebruik te willen maken van zijn blokkeringsrecht, dan zal de medisch deskundige met toestemming van de patiënt het rapport toezenden aan de belangenbehartiger van de patiënt, diens medisch adviseur en aan de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar en haar medisch adviseur. Nadat beide partijen in de gelegenheid zijn gesteld tot het maken van opmerkingen en het doen van verzoeken,²¹¹ zal de deskundige zijn rapport definitief maken. Op basis van dit definitieve rapport zullen de belangenbehartiger van de patiënt en de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar een standpunt innemen. Maakt de patiënt wel gebruik van zijn blokkeringsrecht, dan blijft verspreiding van het deskundigenrapport uit. Dit betekent echter wel dat de patiënt zijn stelling(en) tegenover de hulpverlener (of producent) niet kan bewijzen en is het aannemelijk dat een oplossing buiten rechte uitblijft.

209 Geen inzage- en blokkeringsrecht E.J. Wervelman en E.C.J. de Jong, 'Misverstanden en oplossingen rondom het inzage- en blokkeringsrecht in civiele zaken; enkele praktijkvoorbeelden', *TvGr* 2005, nr. 4, p. 383-398. Wel inzage- en blokkeringsrecht: A. Wilken, 'De onduidelijke reikwijdte van het blokkeringsrecht: wetsvoorstel cliëntenrechten zorg biedt geen oplossing', *TVP* 2009, nr. 4, p. 129-138.

210 Zie A. Wilken, 'De onduidelijke reikwijdte van het blokkeringsrecht: wetsvoorstel cliëntenrechten zorg biedt geen oplossing', *TVP* 2009, nr. 4, p. 129-138. Zie ook Rechtbank Amsterdam 27 oktober 2005, *LJN* AU6024 (rov. 4.4), waar overigens om een andere reden het recht op inzage en blokkering werd afgewezen (het betrof een nabestaande die wilde blokkeren).

211 Dit geschiedt in het kader van hoor- en wederhoor, een processueel beginsel waarop in par. 8.3.2.1 en par. 8.3.3.1 wordt ingegaan.

Teneinde de medisch deskundige bewust te maken van zijn taken en bevoegdheden tijdens een medische expertise is door de Projectgroep medische deskundigen in de rechtspleging van de Vrije Universiteit te Amsterdam (VU) in samenwerking met de Interdisciplinaire Werkgroep Medische Deskundigen (IWMD) een Aanbeveling Procedure medisch deskundigenbericht ontwikkeld.²¹² Met deze Aanbeveling is beoogd expertiserend artsen op concreet niveau een chronologisch stappenplan te bieden voor de werkwijze die zij het beste zouden kunnen volgen bij het verrichten van een medische expertise. Voorts is een aantal modelbrieven opgenomen die expertiserend artsen kunnen gebruiken als basismodel in hun correspondentie met belangenbehartigers en betrokkenen.

De medische informatie die is verstrekt en is gebruikt voor het advies aan de belangenbehartiger of de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar wordt gedurende de looptijd van het schadedossier bij de belangenbehartiger en de aansprakelijkheidsverzekeraar of de medisch adviseur bewaard. Hetzelfde geldt voor het advies van de medisch adviseur zelf. Na afwikkeling van de zaak zal de medische informatie naar een archief worden verplaatst. De belangenbehartiger, de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar en de medisch adviseurs zijn gehouden ervoor te zorgen dat de medische gegevens van de patiënt zodanig wordt opgeborgen in de organisatie van de belangenbehartiger of verzekeraar dat de geheimhouding van de inhoud van de medische informatie verzekerd is.²¹³ Wat de bewaartermijn betreft wordt gewezen op artikel 7:464, tweede lid, sub a, BW: de medische gegevens dienen te worden bewaard zolang dat noodzakelijk is in verband met het doel waarvoor de beoordeling werd gedaan. Ook in artikel 10, eerste lid, Wbp is bepaald dat persoonsgegevens door de verzekeraar niet langer worden bewaard in een vorm die het mogelijk maakt de betrokkene te identificeren, dan noodzakelijk is voor de verwerking van de doeleinden waarvoor zij worden verzameld of worden verwerkt. De gegevens kunnen in anonieme vorm wel langer worden bewaard. De medische informatie die door de medisch deskundige wordt gebruikt in het kader van een medische expertise in opdracht van zowel de patiënt als de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar dient evenzeer te worden bewaard zolang dat noodzakelijk is in verband met het doel van het onderzoek, zo volgt (opnieuw) uit artikel 7:464, tweede lid, sub a, BW. Is de opdracht gegeven door alleen de patiënt zelf, dan geldt de gewone vijftienjaarstermijn van artikel 7:454, derde lid, BW.

212 De aanbeveling is te downloaden via de website van de VU <www.rechten.vu.nl>.

213 CTG 8 april 2004, zaaknr. 2003/224 en RTG Amsterdam 27 juni 2006, zaaknr. 05-135. Zie ook artikel 12 GAV Beroepscode en A. Wilken, A.J. Akkermans en J. Legemaate, Medisch beoordelingstraject bij Letselschade. Inventarisatie bestaande normering, knelpunten en mogelijke oplossingsrichtingen, Letselschade Raad 2010, p. 104.

Een en ander in ogenschouw genomen, wordt ter afsluiting opgemerkt dat de omgang met medische informatie niet eenvoudig is en voor vragen of discussie zorgt als het om een afweging van het *privacy*-aspect en het belang van de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar bij de medische informatie gaat. Het is aannemelijk dat dit in het schadeafwikkelingsproces een complicerende en vertragende factor is.

Het feit dat de omgang met medische informatie in de praktijk niet eenvoudig wordt geacht en voor veel discussie zorgt, is de reden geweest voor een onderzoek door de Projectgroep medische deskundigen in de rechtspleging onder leiding van Wilken, Akkermans en Legemaate,²¹⁴ dat heeft geresulteerd in het Rapport Medisch Beoordelingstraject.²¹⁵ Het rapport bevat een inventarisatie en een analyse van bestaande regelgeving en (tucht)rechtspraak die betrekking heeft op het medisch beoordelingstraject. In het rapport wordt de problematiek van de uitwisseling van medische gegevens, de betekenis van de Wet Bescherming Persoonsgegevens en de daarop gebaseerde Gedragscode Verwerking Persoonsgegevens besproken. Er zijn 27 knelpunten geïdentificeerd wat de omgang met medische informatie betreft.²¹⁶ De geformuleerde knelpunten hebben onder meer betrekking op het opvragen van en inzage in de medische informatie, de *privacy* van de patiënt, het ontlenen door de verzekeraar van irrelevante gegevens aan het medisch dossier, het ter beschikking stellen van het medisch advies en het toezicht en de handhaving van de *privacy*-waarborgen van de Wbp. In het rapport zijn ook voorstellen gedaan voor mogelijke oplossingen.²¹⁷ Volgens de onderzoekers zijn mogelijke oplossingen gelegen in het ontwikkelen van een model voor een medische machtiging, het ontwikkelen van helderder normen voor de omgang met medische informatie en het ontwikkelen van een keuzemodel voor de patiënt voor het ontsluiten van zijn medische informatie.

214 Zie de website van de VU <www.rechten.vu.nl>.

215 A. Wilken, A.J. Akkermans en J. Legemaate, Medisch beoordelingstraject bij Letselschade. Inventarisatie bestaande normering, knelpunten en mogelijke oplossingsrichtingen, Letselschade Raad 2010. Zie ook A. Wilken, 'Op weg naar een professionele standaard voor medisch adviseurs in letselschadezaken', *TvGr* 2009, nr. 9, p. 588-600. Zie ook in het kader van de rol van de medisch adviseur par. 8.2.3.2. Zie voor een ander rapport inzake informatie-uitwisseling: Velink&De Die, Informatie-uitwisseling in zorgketens, wat mag, kan en moet? Achtergrondstudie ten behoeve van de SGZ, 2011.

216 A. Wilken, A.J. Akkermans en J. Legemaate, Medisch beoordelingstraject bij Letselschade. Inventarisatie bestaande normering, knelpunten en mogelijke oplossingsrichtingen, Letselschade Raad 2010, p. 203-206.

217 A. Wilken, A.J. Akkermans en J. Legemaate, Medisch beoordelingstraject bij Letselschade. Inventarisatie bestaande normering, knelpunten en mogelijke oplossingsrichtingen, Letselschade Raad 2010, p. 207-221.

8.2.6 De kosten van het buitengerechtelijk traject

8.2.6.1 De kosten van rechtsbijstand

Ingevolge artikel 7:405 BW is de patiënt verplicht de belangenbehartiger een redelijk loon te betalen voor zijn werkzaamheden. Onderdeel van de kosten van rechtsbijstand zijn de kosten van de medisch adviseur van wiens hulp de belangenbehartiger gebruik maakt. Op de declaratie van de belangenbehartiger wordt dan ook doorgaans een post ‘medisch advies’ aangetroffen, dan wel bevindt zich bij de declaratie een aparte declaratie van de medisch adviseur.

Is de belangenbehartiger een *advocaat*, dan heeft deze op zijn beurt de verplichting om bij het vaststellen van zijn declaratie een, alle omstandigheden in aanmerking genomen, redelijk salaris in rekening te brengen.²¹⁸ Van geval tot geval moet worden bepaald wat redelijk is. Het staat de advocaat vooralsnog bovendien niet vrij om overeen te komen dat hij slechts bij het behalen van een bepaald resultaat salaris in rekening mag brengen (verbod op ‘*no cure no pay*’).²¹⁹ Evenmin mag de advocaat overeenkomen dat het salaris een evenredig deel zal bedragen van de waarde van het door zijn bijstand te bereiken gevolg, behoudens wanneer dit geschiedt met inachtneming van een binnen de advocatuur gebruikelijk en aanvaard incassotarief.²²⁰

Voor klachten over de hoogte van de declaratie van de *advocaat* geldt de begrotingsprocedure als omschreven in artikelen 32 Wet Tarieven in Burgerlijke Zaken.²²¹ In deze begrotingsprocedure krijgt de patiënt de gelegenheid om zijn mening te geven over de declaratie. Ook heeft de patiënt de mogelijkheid om zijn geschil voor te leggen aan de Geschillencommissie Advocatuur. Als er andere redenen zijn om de declaratie niet te betalen, bijvoorbeeld omdat de patiënt meent dat de advocaat zich onvoldoende heeft ingespannen of declaratieafspraken heeft geschonden, of omdat hij meent voor door de overheid gefinancierde rechtsbijstand in aanmerking te komen, dan kan zowel de

²¹⁸ Gedragsregel 25, eerste lid.

²¹⁹ Gedragsregel 25, tweede lid. Op 2 april 2013 diende de Kamerleden Van der Steur en Recourt (VVD) bij de Tweede Kamer een motie in teneinde ervaring op te doen met *no cure no pay*, Kamerstukken II 2012/13, 31753, nr. 61. Inmiddels is bekend dat vanaf 1 januari 2014 wordt gestart met een experiment ter zake *no cure no pay* in letselschadezaken en overlijdensschadezaken. Het experiment duurt vijf jaar, zie <www.advocatenorde.nl>.

²²⁰ Gedragsregel 25, derde lid.

²²¹ Wet Tarieven van justitie-kosten en salarissen in burgerlijke zaken, vastgesteld bij de Wetten van 28 augustus en 29 december 1843, 38, 39, 40, 66 en 67, in een doorlopende reeks van artikelen vervat ingevolge artikel 2 der Wet van 28 augustus 1843, Stb. 41.

Geschillencommissie Advocatuur als de civiele rechter worden gevraagd uitspraak te doen.

Omdat de patiënt in het geval hij een advocaat in de arm neemt zelf voor de rechtsbijstand moet betalen en pas wanneer duidelijk is dat er een aansprakelijke hulpverlener of producent is, de redelijke kosten van rechtsbijstand kan afwentelen,²²² blijken de kosten in de praktijk een probleem te (kunnen) vormen. Het vaststellen van aansprakelijkheid is in medische zaken een probleem, zo bleek uit de analyse in de voorgaande hoofdstukken en dat betekent dat de patiënt gedurende lange(re) tijd de kosten moet voorschieten. Soms worden de kosten gedurende het buitengerechtelijk traject zodanig hoog (of heeft de patiënt daarvoor angst, omdat alleen de redelijke buitengerechte kosten worden vergoed en de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar van de hulpverlener nogal eens anders denkt over de redelijkheid van de kosten dan de advocaat van de patiënt²²³) dat de patiënt om die reden van het verhaal van zijn schade afziet of juridische bijstand achterwege laat, zo blijkt uit onderzoek.²²⁴ Dit is zorgwekkend en het is (dan ook) de vraag of met de complexiteit van medische zaken (in het bijzonder de last om aansprakelijkheid vastgesteld te krijgen) in voldoende mate rekening wordt gehouden als het gaat om de daarmee gemoeid zijnde kosten.²²⁵

Hoewel Nederland – teneinde de toegang tot de rechter te waarborgen – voor min- en onvermogenende rechtzoekenden een systeem van door de overheid gesubsidieerde rechtshulp, neergelegd in de Wet op de Rechtsbijstand (Wrb)²²⁶ kent, lost deze subsidie het kostenprobleem niet in elk geval op.

De uitvoering van de Wrb geschiedt door de Raad voor Rechtsbijstand. De rechtsbijstand wordt (uitsluitend) verleend door daarvoor aangemelde en geaccepteerde advocaten. De advocaat dient de patiënt op het bestaan van gesubsidieerde rechtshulp te wijzen.²²⁷ Het recht op gesubsidieerde rechtshulp

222 De kosten maken deel uit van de vermogensschade van de patiënt, zie hoofdstuk 7, par. 7.2.2.3.

223 Zie hoofdstuk 7, par. 7.2.2.3.

224 B.C.J. van Velthoven en C.M. Klein Haarhuis, *Geschilbeslechtsingsdelta* 2009, WODC, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 51, 93, 156, 186. Zie ook R.J.J. Eshuis e.a., *Hulp bij juridische problemen. Een verkennend onderzoek naar de kwaliteit van de dienstverlening van advocaten en rechtsbijstandverzekeraars*, Cahier reeks, WODC, Den Haag 2012, p. 104. Zie voor dezelfde conclusie J.L. Smeehuijzen en A.J. Akkermans, 'Medische aansprakelijkheid: over grote problemen haalbare verbeteringen en overschatten revoluties', *Preadvies Vereniging voor Gezondheidsrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2013, p. 20-21.

225 Zie ook hoofdstuk 7, par. 7.2.2.3. Zie voor voorbeelden van onverhaalbare kosten van rechtsbijstand Gerechtshof Arnhem 12 april 2011, *LJN* BQ1690 en Rechtbank Zwolle-Lelystad 21 september 2011, zaaknr. 171320/HA ZA 10-64 (niet gepubliceerd).

226 Wet van 23 december 1993, Stb. 1993, 775. Zie voor de voorwaarden van gesubsidieerde rechtsbijstand artikel 34 Wrb. Zie voor de hoogte van de eigen bijdrage artikel 38 Wrb.

227 Gerechtshof Amsterdam 22 december 2009, *LJN* BL9308.

is geen absoluut recht,²²⁸ en mag aan voorwaarden worden onderworpen, zulks gelet op het zorgvuldig beheer van de beperkte publieke middelen van een Staat.²²⁹ Deze voorwaarden (bijvoorbeeld het betalen van een eigen bijdrage en/of het afhankelijk stellen van de kans op succes) dienen in verhouding te staan tot het belang van een procespartij bij gefinancierde rechtshulp.²³⁰ Dit is wat Nederland betreft verwoord in artikel 12 Wrb.

Ten eerste geldt zij niet voor patiënten met een inkomensgrens boven het in de Wrb bepaalde jaarlijks aan te passen verzamelinkomen.²³¹ Een probleem is voorts dat declaraties die van medische behandelaars worden ontvangen voor het verstrekken van medische informatie en kosten verbonden aan de werkzaamheden van de medisch adviseur van de advocaat grotendeels voor eigen rekening van de patiënt blijven. Wel is het mogelijk om ingevolge de 'Beleidsregel Subsidiëring medisch haalbaarheidsonderzoeken in letselschadezaken' een subsidie aan te vragen voor een medisch haalbaarheidsonderzoek.²³² Ingevolge artikel 2 van de Beleidsregel wordt een subsidie verleend aan een natuurlijk persoon wiens financiële draagkracht de in artikel 34 Wrb genoemde bedragen niet overschrijdt, ten behoeve van wie een toevoeging in de letselschadezaak is of wordt verleend en die anderszins geen aanspraak kan maken op vergoeding van de kosten van een medisch haalbaarheidsonderzoek. De subsidie bedraagt echter niet meer dan € 200 per medisch haalbaarheidsonderzoek, aldus artikel 3, derde lid, van de Beleidsregel, een bedrag dat doorgaans niet voldoende is om alle kosten te dekken. Andere problemen van het systeem van gesubsidieerde rechtsbijstand zijn dat de subsidie voor een door de Raad van Rechtsbijstand te bepalen maximaal aantal uren wordt afgegeven en dat de Raad voor Rechtsbijstand bij de beëindiging van de rechtsbijstand een resultaatsbeoordeling verricht, die kan leiden tot (gedeeltelijke) terugbetaling van de ontvangen subsidie.²³³

228 EHRM 9 oktober 1979, zaaknr. 6289/73 (Airey/Ierland); EHRM 16 juli 2002, zaaknr. 56547/00 (P., C. en S./Verenigd Koninkrijk) en EHRM 13 februari 2003, zaaknr. 36378/97 (Bertuzzi/Frankrijk).

229 EHRM 19 september 2000, zaaknr. 40031/98 (Gnahoré/Frankrijk); EHRM 15 februari 2005, zaaknr. 68416/01 (Steel en Morris/Verenigd Koninkrijk) en EHRM 30 juli 1998, zaaknr. 25357/94 (Aerts/België).

230 EHRM 15 februari 2005, zaaknr. 68416/01 (Steel en Morris/Verenigd Koninkrijk); ECieRM 10 juli 1980, zaaknr. 8158/78 (X/Verenigd Koninkrijk) en EHRM 16 april 2002, zaaknr. 39030/97 (Iverson/Verenigd Koninkrijk). Zie ook C.P.J. Wijnakker, 'Artikel 6 EVRM: Recht op een gefinancierd deskundigenbericht', *LeS* 2010, nr. 1, p. 8-12, naar aanleiding van EHRM 3 maart 2009, zaaknr. 20482/03 (Cibicki/Polen).

231 De inkomensnormen van 2013 bijvoorbeeld zijn de volgende: geen recht op gesubsidieerde rechtsbijstand bestaat wanneer het verzamelinkomen hoger is dan € 25.200 (voor alleenstaanden) of € 35.600 (voor gehuwden, samenwonenden of eenoudergezin met minderjarig kind).

232 De tekst van de Beleidsregel is te downloaden via de website van de Raad voor Rechtsbijstand <www.rvr.org>.

233 Zie voor het urenbeleid Leidraad Extra urenzaken 2007. Zie voor de procedure bij beëindiging van de rechtsbijstand en eventuele intrekking van de subsidie artikel 34g Wrb en de daarop gebaseerde beleidsregels resultaatsbeoordeling, te downloaden via de website van de Raad voor Rechtsbijstand <www.rvr.org>.

Is de belangenbehartiger een *rechtsbijstandverzekeraar*, dan zijn de kosten van rechtsbijstand (volledig of tot een maximum) gedekt en betaalt de patiënt in ruil daarvoor premie. Het kostenprobleem speelt dan ook geen of een minder grote rol. Voor *letselschadebureaus* – geen advocatenkantoren of rechtsbijstandverzekeraars – gelden geen specifieke regels. Zij mogen bijvoorbeeld wel *no cure no pay* afspraken maken. Ook in dat geval speelt het kostenprobleem niet of in mindere mate. Opgemerkt wordt dat tegenover de geringere (wettelijke) waarborg van kwaliteit van dergelijke bureaus een kostenvoordeel staat, dat voor de patiënt aantrekkelijk kan zijn.

8.2.6.2 De kosten van de medisch deskundige

Met het deskundigenbericht van een medisch deskundige zijn kosten gemoeid. Deze kosten zijn doorgaans hoog; het is geen uitzondering dat een medisch deskundige zijn tarief voor een rapport van zijn hand begroot op minimaal € 1.000, terwijl ook bedragen van € 2.000, € 3.000, € 4.000 en € 5.000 de revue passeren.²³⁴ Ingevolge de wettelijke bepalingen van de overeenkomst van opdracht (artikel 7:405 BW en 7:461 BW), dient de opdrachtgever dit loon van de medisch deskundige te betalen. Is de patiënt opdrachtgever, dan is hij dus degene die met de kosten van het deskundigenonderzoek wordt geconfronteerd. Dit is in de praktijk ook het geval, indien het verzoek om een deskundigenbericht weliswaar met instemming van de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar wordt gedaan, maar de verzekeraar zich niet mede als opdrachtgever ziet, doorgaans wanneer aansprakelijkheid van de hulpverlener niet vaststaat of nog niet is erkend. Komt aansprakelijkheid van de hulpverlener vast te staan, dan kunnen de kosten vervolgens worden verhaald.²³⁵

De GOMA doet de aanbeveling (18) dat als bij een goed onderbouwde aansprakelijkstelling en een goed gemotiveerde afwijzing daarvan een verschil van inzicht op het medische gebied blijft bestaan, partijen in gezamenlijk overleg een deskundigenbericht vragen om in medisch opzicht de duidelijkheid te verschaffen die nodig is voor een juridisch oordeel over de bestreden behandeling. De kosten van dit deskundigenonderzoek komen in beginsel voor rekening van *beide* partijen, aldus de GOMA.

De hoge kosten en het feit dat deze kosten vaak in eerste instantie voor rekening van de patiënt komen – hij is immers doorgaans degene die een onderzoek wil om verhaal van schade mogelijk te maken – kunnen de patiënt ervan weerhouden om een medisch deskundige in te schakelen. Dit wringt, omdat de patiënt veelal juist een bericht van een medisch

²³⁴ Zie bijvoorbeeld Gerechtshof 's-Hertogenbosch 15 januari 2010, *LJN* BN1751; Rechtbank Dordrecht 31 maart 2010, *LJN* BM0264; Rechtbank Arnhem 14 september 2011, *LJN* BT6494; Rechtbank Arnhem 28 december 2011, *LJN* BV0995 en Rechtbank 's-Hertogenbosch 1 februari 2012, *LJN* BV3383.

²³⁵ Zie hoofdstuk 7, par. 7.2.2.3.

deskundige nodig heeft om een tekortkoming (en/of het gebrek in het product) en/of het *condicio sine qua non*-verband met zijn schade aan te tonen.²³⁶ Een en ander kan ertoe leiden dat de patiënt zijn schade niet kan verhalen ook al zou hij daartoe een recht hebben. Gesubsidieerde rechtshulp maakt dit niet anders. De onvermogen patiënt komt slechts in aanmerking voor een renteloze *lening* van € 3.000 als uit het haalbaarheidsonderzoek door de medisch adviseur blijkt dat de patiënt mogelijk recht heeft op een schadevergoeding.²³⁷

8.2.7 *Gerechtelijke procedures in het buitengerechtelijk traject*

8.2.7.1 **Het verzoek aan de rechter om een voorlopig deskundigenbericht te gelasten**

In de buitengerechtelijke fase wordt in het kader van het vergaren van bewijs door zowel de patiënt als de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar aan medisch deskundigen opdracht gegeven om een deskundigenbericht uit te brengen. Het doel is een antwoord te krijgen op de vraag hoe een bepaalde geneeskundige behandeling gebruikelijk wordt verricht (de professionele standaard) en hoe de geneeskundige behandeling bij de patiënt in kwestie is verricht, omdat de patiënt en de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar deze kennis doorgaans niet hebben. Deze kennislacune dient de medisch deskundige op te vullen. Hetzelfde geldt voor de invloed dat het handelen van de hulpverlener (of een gebrek in een product) heeft gehad op de gezondheidssituatie van de patiënt. De opdracht aan de medisch deskundige dient dan ook een vraagstelling te bevatten die de gewenste antwoorden levert.²³⁸

In de praktijk blijken partijen er echter niet altijd in te slagen om overeenstemming te krijgen over de vraagstelling, meer in het bijzonder de vraagstelling waaruit de tekortkoming van de hulpverlener zou kunnen worden afgeleid. De reden hiervoor is dat er verschil van inzicht bestaat over het antwoord op de vraag of de medisch deskundige invulling mag geven aan de juridische norm van de goed hulpverlener (artikel 7:453 BW) door daarover in een deskundigenbericht zijn eigen oordeel te geven.²³⁹ ‘Voorstanders’ zijn degenen die de medisch deskundige beschouwen als de persoon die normatief mag en kan oordelen

²³⁶ Zie ook hoofdstuk 4, par. 4.2.2.4 en hoofdstuk 6, par. 6.3.3.

²³⁷ Zie de website van de Raad voor Rechtsbijstand <www.rvr.org>.

²³⁸ Zie ook R.W.M. Giard, ‘De opdracht aan de deskundige: de kracht van het stellen van open vragen’, *Expertise en Recht* 2013, nr. 2, p. 41-48 en R.W.M. Giard en C.J.J.M. Stolker, ‘De arts als deskundige bij medische beroepsfouten’, *NTvG* 2003; 147, p. 819-823.

²³⁹ Zie B.P. Dekker en M.H. Hartman, ‘Dan gaat de rechter op de stoel van de dokter zitten, over de vraagstelling en de rol van de deskundige in medische aansprakelijkheidszaken’, *L&S* 2006, nr. 4, p. 6-10 en M.H. Hartman en B.P. Dekker, ‘De rolverdeling tussen rechter en medische deskundige, Reactie op Kroniek medische aansprakelijkheid’, *AV&S* 2008, nr. 2, p. 91-92. Zie anders J. Meyst-Michels, ‘Kroniek medische aansprakelijkheid’, *AV&S* 2007, nr. 6, p. 293-303.

over het optreden van zijn collega. Zij menen dat de deskundige de enkele vraag kan worden gesteld of de hulpverlener in kwestie gehandeld heeft zoals van een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot mocht worden verwacht.²⁴⁰ Het normatieve oordeel van de deskundige dient vervolgens als bewijs van de stelling dat er een tekortkoming is of ter onderbouwing van het verweer dat die tekortkoming er niet is. Hoewel er op zich geen (wettelijke) regel bestaat die bepaalt dat aan de deskundige geen juridisch oordeel mag worden gevraagd,²⁴¹ menen ‘tegenstanders’ dat, wanneer de medisch deskundige naar een juridische norm wordt gevraagd, er een kans bestaat dat de deskundige partijen niet goed adviseert of de rechter onjuist voorlicht. De medisch deskundige heeft namelijk vooral het *gebruik* van de beroepsgroep voor ogen en dient partijen daarover in te lichten, maar het gebruik is voor het juridische oordeel niet louter maatgevend.²⁴² De vereiste juridische norm kan bijvoorbeeld hoger liggen dan het gebruik. Ook kan het zijn dat de deskundige zich bij het vormen van zijn mening over het handelen van zijn collega van waardeoordelen bedient die juridisch niet ter zake doen, zoals de ervaring van de hulpverlener.

Een voorbeeld van een zaak betreft een aangaande een patiënt met verdenking op nekletsel, die in een perifeer ziekenhuis werd opgevangen en behandeld. Een door de rechter benoemde medisch deskundige werd de vraag voorgelegd of de artsen in kwestie gehandeld hadden conform de professionele standaard. De deskundige woog in zijn antwoord mee dat de organisatie van het perifere ziekenhuis gebrekkig was en dat de artsen over onvoldoende ervaring beschikte. Naar zijn oordeel was daarom de onjuiste wijze van behandelen niet verwijtbaar; de handelwijze kon niet met de handelwijzen van andere ziekenhuizen worden vergeleken. De rechtbank volgde deskundige hierin niet en overwoog dat het ziekenhuis de organisatie beter had moeten inrichten zodat de patiënt wel adequaat kon worden opgevangen en behandeld.²⁴³

240 J. Meyst-Michels, ‘Kroniek medische aansprakelijkheid’, *AV&S* 2007, nr. 6, p. 293-303.

241 In HR 2 februari 1990, *NJ* 1991, 1, met nt. J.B.M. Vranken, rov. 3, werd uitdrukkelijk door de Hoge Raad overwogen dat ook juridische vragen aan een deskundige mogen worden voorgelegd. Zie uitvoeriger G. de Groot, *Het deskundigenbericht in de civiele procedure*, (diss. VU Amsterdam), Deventer: Kluwer 2008, p. 165.

242 B.P. Dekker en M.H. Hartman, ‘Dan gaat de rechter op de stoel van de dokter zitten, over de vraagstelling en de rol van de deskundige in medische aansprakelijkheidszaken’, *L&S* 2006, nr. 4, p. 6-10 en M.H. Hartman en B.P. Dekker, ‘De rolverdeling tussen rechter en medische deskundige, Reactie op Kroniek medische aansprakelijkheid’, *AV&S* 2008, nr. 2, p. 91-92. Zie ook R.W.M. Giard, ‘Hoe de juridische werkelijkheid het methodologisch ideaal kan naderen’, *Trema* maart 2013, p. 89-96 en R.W.M. Giard, ‘De opdracht aan de deskundige: de kracht van het stellen van open vragen’, *Expertise en Recht* 2013, nr. 2, p. 41-48.

243 Rechtbank Arnhem 18 april 2012, *LJN* BW5046 (bodempcedure).

Een ander punt is dat de deskundige niet buiten zijn medisch vakgebied mag treden, welk gevaar bestaat indien hem een juridisch getinte vraag wordt gesteld.²⁴⁴ Daarnaast kan een vraag naar de redelijk bekwaam en redelijk handelend hulpverlener tot verwarring bij de waardering van het deskundigenbericht leiden: de onderbouwing van een deskundigenbericht met een redelijkheidsoordeel maakt niet altijd duidelijk in welke mate de deskundige dit doet steunen op feiten en ervaringsregels die gelegen zijn op zijn vakgebied.²⁴⁵ Om deze reden pleiten tegenstanders ervoor de deskundige niet te vragen naar naleving van de norm van het goed hulpverlenerschap.²⁴⁶

Worden de belangenbehartiger van de patiënt en de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar van de hulpverlener het niet eens over de aan deze bij de opdracht voor te leggen vraagstelling, dan is een op artikel 202 Rv gebaseerd verzoek aan de rechter om een voorlopig deskundigenbericht te gelasten doorgaans het middel dat wordt gebruikt om alsnog een deskundigenbericht te krijgen.²⁴⁷ De verzoekschriftprocedure dient ertoe de patiënt (of de hulpverlener) de mogelijkheid te verschaffen om aan de hand van het uit te brengen deskundigenbericht zekerheid te verkrijgen omtrent voor de beslissing van het geschil relevante feiten en omstandigheden, zodat kan worden beoordeeld of het raadzaam is een procedure te beginnen en, als daartoe wordt overgegaan, op grond waarvan een vordering wordt ingesteld of een bepaald verweer wordt gevoerd en of het raadzaam is om een procedure voort te zetten.²⁴⁸ Opgemerkt wordt dat artikel 6, eerste lid, EVRM geen toepassing vindt in een procedure waarbij een voorlopig deskundigenbericht wordt gevraagd: er wordt geen burgerlijk recht vastgesteld, hetgeen daarvoor een vereiste is.²⁴⁹

Het verzoek kan ingevolge artikel 202 Rv worden gedaan door een belanghebbende. Het woord 'belanghebbende' duidt op de toekomstige eiser, gedaagde

244 G. de Groot, *Het deskundigenbericht in de civiele procedure* (diss. VU Amsterdam), Deventer: Kluwer 2008, p. 165.

245 G. de Groot, *Het deskundigenbericht in de civiele procedure* (diss. VU Amsterdam), Deventer: Kluwer 2008, p. 165.

246 G. de Groot, *Het deskundigenbericht in de civiele procedure* (diss. VU Amsterdam), Deventer: Kluwer 2008, p. 166; B.P. Dekker en M.H. Hartman, 'Dan gaat de rechter op de stoel van de dokter zitten, over de vraagstelling en de rol van de deskundige in medische aansprakelijkheidszaken', *L&S* 2006, nr. 4, p. 6-10 en M.H. Hartman; B.P. Dekker, 'De rolverdeling tussen rechter en medische deskundige, Reactie op Kroniek medische aansprakelijkheid', *AV&S* 2008, nr. 2, p. 91-92; R.W.M. Giard, 'Hoe de juridische werkelijkheid het methodologisch ideaal kan naderen', *Trema* maart 2013, p. 89-96 en R.W.M. Giard, 'De opdracht aan de deskundige: de kracht van het stellen van open vragen', *Expertise en Recht* 2013, nr. 2, p. 41-48.

247 De mogelijkheid bestaat ook indien een procedure reeds aanhangig is, aldus artikel 202, tweede lid, Rv.

248 HR 5 februari 1998, *NJ* 1999, 478, met nt. H.J. Snijders; HR 19 december 2003, *NJ* 2004, 584; HR 22 februari 2008, *NJ* 2010, 542; HR 22 februari 2008, *NJ* 2010, 543, met nt. J. Legemaate en C.J.M. Klaassen en HR 19 maart 2010, *LJN* BK8146.

249 Zie onder meer over het criterium EHRM 23 juni 1981, *NJ* 1982, 602 (Le Compte e.a./België) en EHRM 23 oktober 1985, *NJ* 1986, 102, met nt. E.A. Alkema (Bentham/Nederland). Zie ook G. de Groot, *Het deskundigenadvies in de civiele procedure* (diss. VU Amsterdam), Deventer: Kluwer 2008, p. 303.

of een andere belanghebbende partij.²⁵⁰ In het kader van de aansprakelijkheid van de hulpverlener brengt artikel 202 Rv met zich dat zowel de patiënt als de hulpverlener aan de rechter het verzoek mag doen, maar bijvoorbeeld ook de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar.²⁵¹

De rechter dient een verzoek om een voorlopig deskundigenbericht in beginsel toe te wijzen: hem komt geen discretionaire bevoegdheid toe.²⁵² Een verzoek tot een voorlopig deskundigenonderzoek kan door de rechter slechts worden afgewezen, wanneer het niet voldoet aan bepaalde inhoudelijke eisen, het in strijd komt met de goede procesorde,²⁵³ het misbruik van bevoegdheid oplevert, het afstuit op andere zwaarwichtige bezwaren of indien er geen belang aanwezig is als bedoeld in artikel 3:303 BW.²⁵⁴ Hierin is dus een groot verschil gelegen met het verzoek van artikel 194 Rv dat de opdracht aan de deskundige in de bodemprocedure betreft. Juist omdat de patiënt in een bodemprocedure mogelijk met een afwijzing van zijn verzoek wordt geconfronteerd, mag er veel belang worden gehecht aan het verzoek om een voorlopig deskundigenbericht. De rechter zal bij het verzoek van de patiënt voor ogen moeten houden dat het voor de patiënt vaak de enige mogelijkheid is om via de rechter een deskundigenbericht met bewijswaarde te verkrijgen. Hierbij past dan ook niet het oordeel dat het verzoek moet worden afgewezen, omdat er een bodemprocedure aanhangig is,²⁵⁵ of op korte termijn een comparitie van partijen plaatsvindt:²⁵⁶ de argumenten houden in ieder geval onvoldoende rekening met het feit dat de patiënt wellicht geen andere mogelijkheid tot bewijslevering meer heeft.²⁵⁷ Het betekent niet dat een afwijzing op deze gronden onmogelijk is, maar wel dat de rechter moet motiveren dat

250 Kamerstukken II 1999/00, 26855, nr. 3, p. 18 (MvT).

251 HR 25 oktober 1991, NJ 1992, 149, met nt. J.M.M. Maeijer.

252 HR 6 februari 1998, NJ 1999, 478. Zie uitvoeriger hoofdstuk 4, par. 4.4.5.3.

253 Zie voor een voorbeeld in een medische zaak Rechtbank Amsterdam, 29 maart 2012, L/JN BW6420: op de te stellen vragen was reeds bindend beslist.

254 HR 13 september 2002, NJ 2004, 18; HR 12 september 2003, NJ 2005, 441; HR 19 december 2003, NJ 2004, 584 en HR 30 maart 2007, NJ 2007, 189. Zie voor voorbeelden in medische zaken waarbij het tot een afwijzing kwam: Rechtbank Zutphen 24 juli 2008, L/JN BD8981 wegens onevenredige belangen, Rechtbank Amsterdam 6 november 2008, zaaknr. 401107/HA RK 08-364 (niet gepubliceerd) wegens het feit dat partijen reeds in gezamenlijk overleg een expertise hadden laten plaatsvinden en Rechtbank Amsterdam 15 januari 2009, JA 2009, 92 wegens eerder voorlopig deskundigenbericht. Zie voor een toewijzing van een verzoek waarin uitdrukkelijk werd overwogen dat er geen sprake was van strijd met een goede procesorde en het verzoek niet afstuitte op zwaarwichtige bezwaren Rechtbank 's-Gravenhage 25 oktober 2012, L/JN BY2540 (de deskundige in de klachtenprocedure – waaraan de rechter zich niet gebonden achtte – had niet alle vragen beantwoord en daarom mocht een nieuw verzoek worden gedaan).

255 Zie bijvoorbeeld Gerechtshof 's-Hertogenbosch 21 maart 2007, L/JN BA1886. Zie voor een toewijzing tijdens de bodemprocedure Rechtbank 's-Gravenhage 25 oktober 2012, L/JN BY2540.

256 Zie voor een voorbeeld Rechtbank 's-Gravenhage 25 februari 2010, L/JN BL5626.

257 Zie G. de Groot, Het deskundigenbericht in de civiele procedure (diss. VU Amsterdam), Deventer: Kluwer 2008, p. 129.

er geen risico op verlies van een bewijsmogelijkheid aanwezig is.²⁵⁸ Anderzijds zal een voorlopig deskundigenbericht niet mogen worden verzocht teneinde een onwelgevallig rapport opzij te zetten, dat overigens voldoet aan alle procedurele vereisten; dit wordt in strijd met de goede procesorde geacht.²⁵⁹ Tegen een verzoek dat wordt toegewezen, staat ingevolge artikel 204, tweede lid, Rv de mogelijkheid van hoger beroep niet open, tenzij erover geklaagd wordt dat het artikel ten onrechte, dan wel met verzuim van essentiële vormen is toegepast, of ten onrechte buiten toepassing is gelaten.²⁶⁰

Wordt het verzoek slechts ten dele toegewezen, dan hebben partijen wel de mogelijkheid van hoger beroep, met dien verstande dat indien wordt verzocht om over te gaan tot benoeming van deskundige x met vraagstelling y en de rechter het verzoek toewijst onder benoeming van deskundige y en vraagstelling z, er geen hoger beroep mogelijk zal zijn tegen de beslissing betreffende de persoon van de deskundige. Partijen kunnen een voorstel voor een bepaalde persoon doen, maar de rechter bepaalt welke deskundige wordt benoemd.²⁶¹ Dit kan anders liggen bij het door de rechter formuleren van een andere vraagstelling.²⁶²

Ingevolge artikel 205, eerste lid, Rv zijn op de verzoekschriftprocedure de bepalingen betreffende deskundigen in de bodemprocedure van overeenkomstige toepassing. Om niet in herhaling te vervallen, wordt voor de toepasselijke bepalingen verwezen naar het deel van dit hoofdstuk dat op de bodemprocedure ziet.²⁶³ De overeenkomstige toepassing brengt met zich dat aan een deskundigenbericht dat via de verzoekschriftprocedure tot stand is gekomen dezelfde bewijskracht wordt toegekend als aan het bericht dat in een bodemprocedure tot stand zou zijn gekomen, mits zowel patiënt als hulpverlener bij het proces betrokken is geweest, aldus artikel 207 Rv. Is de hulpverlener of de patiënt niet

258 HR 30 maart 2007, *NJ* 2007, 189 en HR 22 oktober 2010, *LJN* BN5833. Zie voor voorbeelden afwijzing verzoek Rechtbank Arnhem 26 juni 2008, *NP* 2008, 7; Rechtbank Zutphen 24 juli 2008, *LJN* BD8981 en Rechtbank Amsterdam 15 januari 2009, *JA* 2009, 92.

259 Gerechtshof Amsterdam 16 maart 2010, *LJN* BM9228. Zie ook Rechtbank Amsterdam 6 november 2008, zaaknr. 401107/HA RK 08-364 (niet gepubliceerd) en Rechtbank 's-Gravenhage 25 oktober 2012, *LJN* BY2555.

260 Zie in zijn algemeenheid: HR 29 maart 1985, *NJ* 1986, 242, met nt. L. Wichers Hoeth; HR 24 april 1992, *NJ* 1992, 672, met nt. P.A. Stein; HR 23 juni 1995, *NJ* 1995, 661 en Gerechtshof Arnhem 20 oktober 2009, *LJN* BL3556.

261 HR 31 mei 1999, *NJ* 1991, 524 en Gerechtshof Amsterdam 14 november 1991, *NJ* 1992, 328.

262 Zie bijvoorbeeld wel ontvankelijk in hoger beroep Gerechtshof Amsterdam 24 augustus 2006, *NP* 2006, 11. Zie voor een voorbeeld waarin niet ontvankelijkheid werd uitgesproken, maar de mogelijkheid van hoger beroep bij een afgewezen vraagstelling werd opengelaten: Gerechtshof Leeuwarden 25 juni 2009, *JA* 2011, 3, met nt. L.G.J. Hendrix.

263 Zie par. 8.3.4.

verschenen, dan heeft het deskundigenbericht de waarde die de rechter daaraan wil toekennen, aldus artikel 152 Rv.

Of de verzoekschriftprocedure daadwerkelijk een oplossing biedt voor de discussie betreffende de vraagstelling om de tekortkoming van de hulpverlener vast te stellen, is de vraag: rechters blijken geen eenduidig standpunt te hanteren.

Er zijn rechters die oordelen dat de vraag of een hulpverlener bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed hulpverlener in acht heeft genomen en of hij daarbij heeft gehandeld in overeenstemming met de op hem rustende verantwoordelijkheid, voortvloeiende uit de voor hulpverleners geldende professionele standaard, uitsluitend ter beoordeling van de rechter staat, nu het een juridische norm betreft.²⁶⁴ Deze vraag wordt dan ook niet aan de deskundige voorgelegd. Er zijn ook rechters die oordelen dat het normatieve oordeel van de medisch deskundige niet afdoet aan hun juridische beoordeling en dat het dan ook geen probleem is dat de deskundige wordt gevraagd om het oordeel of de hulpverlener heeft gehandeld als een redelijk bekwaam en redelijk handelend hulpverlener. Zij geven daarbij aan dat het hun vrij staat om van het oordeel van de deskundige af te wijken.²⁶⁵ Sommige rechters zijn daarbij zeer kritisch en stellen het oordeel van de deskundige terzijde, omdat bijvoorbeeld het normatieve oordeel over de bekwaamheid van de hulpverlener niet strookt met de in het deskundigenbericht omschreven feitelijk verrichte uitvoering.²⁶⁶ Voorts blijkt uit de jurisprudentie dat eenzelfde rechtbank of gerechtshof in het ene geval

264 Gerechtshof Amsterdam 24 maart 2009, zaaknr. 106.007.506/01 (niet gepubliceerd); Rechtbank Amsterdam 29 juni 1999, *NP* 1999, 9; Rechtbank Haarlem 27 mei 2003, *NP* 2003, 6; Gerechtshof 's-Hertogenbosch 8 april 2004, *NP* 2004, 5; Gerechtshof Amsterdam 9 maart 2006, rolno. 1973/03 (niet gepubliceerd); Rechtbank Zutphen 27 oktober 2006, *L&S* 2006, 260 en Rechtbank Zutphen 23 november 2006, *L&S* 2006, 259; Rechtbank Rotterdam 13 januari 2010, *LJN* BL4343; Rechtbank Roermond 24 februari 2010, zaaknr. 97054/HA RK 09-170 (niet gepubliceerd) en Rechtbank Amsterdam 10 november 2010, *LJN* BP5627.

265 Rechtbank Utrecht 10 november 1999, *NP* 2000, 2; Rechtbank Amsterdam 16 december 1999, *NP* 2000, 2; Gerechtshof Amsterdam, 24 augustus 2006, *NP* 2006, 11; Rechtbank Utrecht 22 november 2006, *L&S* 2006, 261; Rechtbank Arnhem 12 december 2007, *LJN* BC0644; Rechtbank Amsterdam 6 maart 2008, *NP* 2008, 4; Rechtbank Rotterdam 30 juli 2008, *LJN* BD9572; Rechtbank Amsterdam 25 september 2008, *LJN* BH2346; Rechtbank Arnhem 30 oktober 2008, zaaknr. 1723S8/HA RK 08-1999, gepubliceerd op het PIV Kennisnet; Rechtbank Amsterdam 7 mei 2009, zaaknr. 411386/HA RK 08-744 (niet gepubliceerd) en Gerechtshof Leeuwarden 25 juni 2009, *JA* 2011, 3, met nt. L.G.J. Hendrix.

266 Rechtbank Rotterdam 30 juni 2010, *L&S* 2010, 134. Zie ook Rechtbank 's-Gravenhage 17 maart 1999, *NP* 2000, 9, Rechtbank Roermond, *NP* 2001, nr. 6 en Gerechtshof Leeuwarden 6 juli 2010, *JA* 2010, 112 en *L&S* 2010, nr. 135.

wel vindt dat een normatieve vraag kan worden gesteld en in het andere geval niet.²⁶⁷

Een blijvende verdeeldheid is echter onwenselijk, omdat dit de afwikkeling van de zaak vertraagt en met een slepende discussie en (extra) procedures (voorschot)kosten gemoeid zijn, die doorgaans (in navolging van het oordeel van de rechter daartoe op grond van artikel 205 Rv in samenhang gelezen met artikel 195 Rv en 199 Rv) voor rekening van de patiënt komen: hij is doorgaans de verzoekende partij. Dit is alleen anders, indien de omstandigheden nopen tot een ander oordeel, bijvoorbeeld als vaststaat of aannemelijk is dat de hulpverlener aansprakelijk is.²⁶⁸

Een voorbeeld waarin voldoende aannemelijk werd geacht dat de hulpverlener in kwestie aansprakelijk zou worden geacht betreft een zaak tegen een oog-laserkliniek. De patiënt in kwestie was in het kader van een voorlopig deskundigenverhoor door de rechtbank in de kosten van deskundigenbericht veroordeeld. In het hoger beroep dat tegen die beslissing werd aangespannen, oordeelde het hof echter dat uit het rapport van de deskundige een aantal ernstige tekortkomingen naar voren kwam. Ten aanzien van de kosten overwoog het hof dan ook als volgt: ‘Het hof acht op grond van het voorgaande aannemelijk dat de behandeling(en) door de bij [de oogkliniek] werkzame medewerker niet hebben voldaan aan de daaraan te stellen eisen. Onder verwijzing naar de rechtspraak bij art. 6:98 BW, meer in het bijzonder ook het arrest van HR 11 juli 2003, *NJ* 2005, 50 (Bravenboer/London), acht het hof eveneens in voldoende mate aannemelijk dat [de oogkliniek] uiteindelijk aansprakelijk zal kunnen worden gehouden voor de kosten die zijn verbonden aan het voorlopig deskundigenrapport. Daarbij kan in het licht van voormelde rechtspraak buiten beschouwing blijven of (voldoende aannemelijk is dat) uiteindelijk zal komen vast te staan dat de schade van appellante het gevolg is van foutief medisch handelen van de medewerker.

Om deze reden ziet het hof aanleiding de beslissing van de rechtbank te vernietigen en [de oogkliniek] alsnog te veroordelen in de kosten van het voorlopig deskundigenbericht.²⁶⁹

267 Bijvoorbeeld Rechtbank Amsterdam 29 juni 1999, *NP* 1999, 9; Rechtbank Amsterdam 16 december 1999, *NP* 2000, 2; Gerechtshof Amsterdam 24 maart 2009, zaaknr. 106.007.506/01 (niet gepubliceerd) en Gerechtshof Amsterdam 24 augustus 2006, *NP* 2006, 11.

268 Zie bijvoorbeeld Gerechtshof Amsterdam 29 januari 2004, *L&S* 2004, 9, met nt. A.J. Van; Rechtbank Amsterdam 20 september 2004, *L&S* 2005, 212, met nt. A.J. Van en Gerechtshof Amsterdam 25 januari 2011, *LJN* BP6438. Zie voor een uiteenzetting ook A.J. Van, ‘De kosten van het (voorlopig) deskundigenbericht’, *TVP* 2006, nr. 2, p. 33-37.

269 Gerechtshof Amsterdam 25 januari 2011, *LJN* BP6438.

Indien na een voorlopig deskundigenbericht geen bodemprocedure volgt, dan blijft het voorschot liggen bij degene die het voorschot heeft gedragen, opnieuw veelal de patiënt dus. In theorie kan de patiënt ingevolge artikel 289 Rv de rechter verzoeken om te bepalen dat de hulpverlener in de kosten wordt veroordeeld en uit dien hoofde de uiteindelijke kosten van de deskundige zal moeten dragen. Dit vergt evenwel een inhoudelijke beoordeling van de zaak en het deskundigenbericht, wat niet altijd mogelijk is, gezien het voorlopige karakter van de verzoekschriftprocedure.²⁷⁰ Als de rechter het verzoek afwijst, is mijns inziens op grond van artikel 204, tweede lid, Rv hoger beroep tegen die afwijzing mogelijk, met dien verstande dat dan in het petitum uitdrukkelijk moet zijn gevraagd de hulpverlener te veroordelen in de proceskosten, waaronder de kosten van de deskundige. In de praktijk komt een dergelijk verzoek niet vaak voor, nu in dat geval de kosten van het voorlopig deskundigenverhoor geen deel meer kunnen uitmaken van de vermogensschade van de patiënt, die ingevolge artikel 6:96, tweede lid, onder b, BW voor rekening komen van de hulpverlener als zijn aansprakelijkheid komt vast te staan. In het geval de patiënt procedeert op basis van een toevoeging, dan is ingevolge artikel 205, tweede lid, Rv een kostenveroordeling (wel) noodzakelijk. Als na een voorlopig deskundigenbericht een bodemprocedure volgt, dan zal uiteindelijk de rechter in de bodemprocedure beslissen wie de kosten draagt. Tegen (alleen) het eindvonnis staat hoger beroep open.²⁷¹

Mede gelet op de verdeeldheid in opvatting en de veelheid aan procedures over de vraagstelling aangaande de tekortkoming van de hulpverlener met de onwenselijke vertraging en extra kosten van dien is wel getracht om tot een uniforme vraagstelling te komen, maar vooralsnog zonder resultaat.

De ‘Projectgroep medische deskundigen in de rechtspleging’ van de VU heeft zich bezig gehouden met de ontwikkeling van een model dat gebruikt kan worden bij de vraagstelling inzake medische aansprakelijkheidskwesties.²⁷² De projectgroep onderkent dat daarbij uitgangspunt moet zijn dat de jurist een eigen taak heeft om een juridisch oordeel te geven over het handelen van de hulpverlener. Tot op heden is het nog niet tot een voorbeeld vraagstelling

270 Voor een voorbeeld waarin dat wel werd gedaan zie Rechtbank Amsterdam 20 september 2004, *L&S* 2005, 212, met nt. A.J. Van. Zie ook A.J. Van, ‘De kosten van het (voorlopig) deskundigenbericht’, *TVP* 2006, nr. 2, p. 33-37.

271 HR 22 januari 2010, *TVP* 2010, 2, met nt. G. de Groot.

272 A.J. Akkermans, L.G.J. Hendrix en A.J. Van, ‘De vraagstelling voor expertise in medische aansprakelijkheidszaken’, *TVP* 2009, nr. 3, p. 89-99.

gekomen. Buiten het feit dat de specificiteit van een casus niet in een algemene vraagstelling kan worden gevangen, stuit de projectgroep op problemen in het veld en de strikte opvatting over, vooral, de vraag of nu wel of niet een normatief oordeel van de deskundige mag worden verlangd en of hem dus wel of niet de vraag voorgelegd kan worden of naar zijn oordeel de hulpverlener in kwestie gehandeld heeft als een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot. De projectgroep merkt wel op dat het gebruik van het criterium ‘redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot’ in de vraagstelling het nadeel heeft, dat er minst genomen de indruk mee wordt gewekt dat van de medicus hetzelfde oordeel wordt gevraagd als wat de rechter aan het eind van de rit heeft te vellen. De projectgroep komt tot de voorlopige conclusie dat het de voorkeur verdient om aan de deskundige, naast vragen van feitelijke aard, ook de normatieve vraag te stellen of het gewraakte medisch handelen voldeed aan de daarvoor geldende maatstaven. Nadat de deskundige zijn oordeel heeft gegeven, hebben de juristen uitdrukkelijk nog een eigen taak om een juridisch oordeel te geven, aldus de projectgroep. Zij overweegt daarbij dat het gebruik van de woorden ‘redelijk handelend en redelijk bekwaam vakgenoot – bedoeld zal zijn ‘redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot’ – niet principieel verkeerd is, maar dat het, om het onderscheid tussen het oordeel van de deskundige en het juridisch eindoordeel tot uitdrukking te laten komen, beter is om deze woorden niet in de vraagstelling op te nemen.²⁷³

De vraagstelling naar het causaal verband zorgt in de praktijk doorgaans voor minder problemen. Wanneer de opdracht aan de medisch deskundige dient om de patiënt in staat te stellen het bewijs te leveren van een *condicio sine qua non*-verband tussen de normschending en de schade van de patiënt of de hulpverlener in staat te stellen zijn verweer te onderbouwen, dan is het van belang om inzicht te krijgen in het mogelijk verloop van de gezondheidstoestand zonder normschending evenals in het verloop zoals dat zich in werkelijkheid – dus met normschending – heeft aangediend. Is er een verschil aantoonbaar, dan kan de conclusie worden getrokken dat de tekortkoming van invloed is geweest op het verloop van het ziekte- of genezingsproces. De medisch deskundige zal dan ook die vragen moeten beantwoorden die de benodigde duidelijkheid geven. De rechter zal met deze informatie vervolgens kunnen vaststellen of de tekortkoming in juridische zin als *condicio sine qua non* voor de schade is aan te merken en vervolgens moeten bepalen of de schade ingevolge artikel 6:98 BW in redelijkheid aan de hulpverlener kan worden toegerekend. In het geval ervoor is gekozen om het geschil betreffende het *condicio sine qua*

273 A.J. Akkermans, L.G.J. Hendrix en A.J. Van, ‘De vraagstelling voor expertise in medische aansprakelijkheidszaken’, *TVP* 2009, nr. 3, p. 92.

non-verband op te lossen met behulp van een proportionele benadering, dan zal de medisch deskundige (bovendien) inzicht moeten geven in kansen. Relevant is om inzicht te krijgen in de hoegrootheid van de kans dat de gezondheidsschade is ontstaan door het medisch handelen en hoe groot de kans is dat een andere oorzaak (mede) debet is aan die schade, dan wel in de kans op een beter behandelingsresultaat.²⁷⁴

Voor het vaststellen van het (klassieke) *condicio sine qua non*-verband wordt in de praktijk wel aansluiting gezocht bij het studiemodel, dat is ontwikkeld door de ‘Projectgroep medische deskundigen in de rechtspleging’ van de VU.²⁷⁵ Hoewel de ontworpen vraagstelling strikt genomen ziet op het in kaart brengen van de gevolgen die verband houden met een (verkeers-)ongeval, bevat zij elementen die van toepassing kunnen zijn, en ook als zodanig buiten en in rechte worden gebruikt, om het *condicio sine qua non*-verband tussen een medische fout en de schade van de patiënt vast te stellen. Uitgangspunt van de vraagstelling is immers dat door de wijze van vragen stellen duidelijk wordt gemaakt welke gezondheidsschade zou optreden zonder een bepaalde gebeurtenis en welke gezondheidsschade is opgetreden met gebeurtenis. Het verschil is hierin gelegen dat bij een verkeersongeval het slachtoffer niet reeds ziek was op het moment dat hem het ongeval overkwam, terwijl dat in het geval van een medische interventie niet gezegd kan worden. Dit vereist extra kennis over het verloop van de ziekte in het specifieke geval dat ter beoordeling voorligt.

8.2.7.2 Het verzoek aan de rechter om een deelgeschil te beslechten

‘Procederen in letselschadezaken kan lang duren en moeizaam verlopen. De behoefte aan verbetering van de afwikkeling van letselschadezaken buiten en in rechte wordt breed gevoeld en gedeeld. (...) Een alternatief kan wellicht worden gevonden in een voorziening waarmee de bodemrechter in het buitengerechtelijke traject kan worden ingeschakeld ter beslissing van deelgeschillen. Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan een wetsbepaling die het mogelijk maakt tijdens buitengerechtelijke onderhandelingen over de afwikkeling van een letselschadeclaim een geschil aan de rechter voor te leggen dat niet de kern van de zaak betreft, maar wel aan de verdere afwikkeling in de weg staat.’²⁷⁶

274 Zie voor voorbeelden van een vraagstelling bij een proportionele benadering Rechtbank Rotterdam 14 april 2010, *LJN* BN7297; Rechtbank Arnhem 26 januari 2011, *JA* 2011, 82; Rechtbank Arnhem 7 september 2011, *LJN* BT2607; Rechtbank Arnhem 22 augustus 2012, *LJN* BX8558 en Rechtbank Arnhem 19 september 2012, *LJN* BX8865.

275 Zie de website van de VU <www.rechten.vu.nl>. Zie ook A.J. Van, ‘Vraag het aan de deskundige! Maar hoe?’, *TVP* 2003, nr. 4, p. 105-110 en A.J. Akkermans, ‘Verbeterde vraagstelling voor medische expertises – een inventarisatie van knelpunten, verbeteringen en mogelijke verdere aanpak’, *TVP* 2005, nr. 3, p. 69-80.

276 Citaat G. de Groot, ‘Naar een buitengerechtelijk beroep op de rechter in deelgeschillen?’, *TVP* 2005, nr. 4, p. 122-127.

Het waren deze woorden die de wetgever aanzetten tot een opzet voor een Wet deelgeschilprocedure voor letsel- en overlijdensschade.²⁷⁷ Op 1 juli 2010 is de Wet deelgeschilprocedure in letsel- en overlijdenszaken in werking getreden.²⁷⁸ De regeling is neergelegd in titel 17 van het Derde Boek Rv, artikelen 1019w tot en met 1019cc.²⁷⁹ De procedurevorm heeft tot doel dat partijen in de buitengerechtelijke fase eenvoudig een deelgeschil aan de rechter kunnen voorleggen, waarna zij verder kunnen met de onderhandelingen en tot een vaststellingsovereenkomst kunnen komen.²⁸⁰

De deelgeschilprocedure moet worden ingeleid met een verzoekschrift aan de rechter die vermoedelijk bevoegd zal zijn van de zaak, indien deze ten principale aanhangig wordt gemaakt, kennis te nemen, aldus artikel 1019x, eerste lid, Rv.²⁸¹ Indien de zaak door de kantonrechter moet worden behandeld en beslist, wordt het verzoek gedaan aan de kantonrechter. Dit is bijvoorbeeld het geval, indien de vordering minder dan € 25.000 bedraagt.²⁸² De rechter beoordeelt summierlijk of hij bevoegd is. Indien het geding reeds aanhangig is, wordt het verzoek gedaan aan die rechter, aldus artikel 1019x, tweede lid, Rv.²⁸³

Wanneer een verzoekschrift kan worden ingediend en door wie, is beantwoord in artikel 1019w, eerste lid, Rv: Ingevolge artikel 1019w, eerste lid, Rv kan

277 Op 27 juni 2008 werd het wetsvoorstel aan de Tweede Kamer ter behandeling aangeboden: Kamerstukken II 2007/08, 31518, nr. 1 (KB) en nr. 2 (Voorstel van wet).

278 Zie voor de evaluatie van het eerste jaar G. de Groot, 'De deelgeschilprocedure in de rechtspraak: goede start, spannende vlucht, behouden landing', *TCR* 2011, nr. 2, p. 41-49 en A.J. Van en A.J. Akkermans, 'Effect deelgeschilprocedure veel groter dan zichtbaar aan alleen het aantal uitspraken', *TVP* 2011, nr. 3, p. 82-86.

279 Zie voor een bespreking ook G.M. van Wassenae, 'Het wetsvoorstel deelgeschilprocedure voor letsel- en overlijdensschade, een reactie vanuit de praktijk', *VR* 2009, nr. 1, p. 1-4; G. de Groot e.a., Themanummer *VR* 2010, nr. 6; C.J.M. Klaassen, 'Een nieuwe procedurevorm: de deelgeschilprocedure voor letsel- en overlijdensschade', *JBPr* 2010, nr. 2, p. 135-141; C.J.M. Klaassen, 'De Wet deelgeschilprocedure voor letsel- en overlijdensschade: een nieuwe loot aan de processuele stam', *TCR* 2010, nr. 2, p. 37-46; A.J. Akkermans en G. de Groot, 'De deelgeschilprocedure voor letsel- en overlijdensschade: nieuwe verantwoordelijkheden voor de rechter en voor partijen', *TvP* 2010, nr. 2, p. 29-36; M. Wesselink, 'Deelgeschilprocedure voor letsel- en overlijdensschade, gewenst maar zal het werken?', *NJB* afl. 25/2010, p. 1584-1588; G. de Groot, 'De deelgeschilprocedure in de rechtspraak: goede start, spannende vlucht, behouden landing', *TCR* 2011, nr. 2, p. 41-49; A.J. Van en A.J. Akkermans, 'Effect deelgeschilprocedure veel groter dan zichtbaar aan alleen het aantal uitspraken', *TVP* 2011, nr. 3, p. 82-86 en A.R. van Klinken, 'De deelgeschilprocedure voor letsel- en overlijdensschade: de rechtspraak getoetst', *L&S* 2011, nr. 4, p. 5-15.

280 Kamerstukken II 2007/08, 31518, nr. 3, p. 2 (MvT).

281 Dit zal in veel gevallen een met de dan voorhanden zijnde gegevens zo nauwkeurig mogelijke schatting zijn van in de eerste plaats de door de benadeelde geleden en nog te lijden schade en vervolgens van het bedrag daarvan waarvoor de andere partij aansprakelijk is: Kamerstukken I 2009/10, 31518, nr. C, p. 9 (MvA).

282 Kamerstukken II 2008/09, 32021, nr. 1 tot en met Kamerstukken II 2009/10, 32021, nr. 15.

283 Zie voor de problematiek van eventuele forumshopping A.J. Akkermans en G. de Groot, 'De deelgeschilprocedure voor letsel- en overlijdensschade: nieuwe verantwoordelijkheden voor de rechter en voor partijen', *TVP* 2010, nr. 2, p. 29-36. Forumshopping is uitgebleven: G. de Groot, 'De deelgeschilprocedure in de rechtspraak: goede start, spannende vlucht, behouden landing', *TCR* 2011, nr. 2, p. 41-49.

– indien een persoon een ander aansprakelijk houdt voor schade die hij lijdt door dood of letsel – ieder van hen of kunnen zij gezamenlijk de rechter verzoeken te beslissen over een deelgeschil.²⁸⁴ Derden of nabestaanden die op grond van artikel 6:107 BW respectievelijk artikel 6:108 BW een vordering hebben, kunnen eveneens een deelgeschil aanhangig maken, aldus artikel 1019w, tweede lid, Rv.²⁸⁵ Gelet op het feit dat door de wetgever onderkend is dat de deelgeschilprocedure ook van belang kan zijn in massaschadezaken, kan het verzoekschrift eveneens worden ingediend door een stichting of vereniging, die volgens haar statuten de belangen van slachtoffers beschermt.²⁸⁶ Tot slot staat ingevolge artikel 1019w, derde lid, Rv ook bij een directe actie op de voet van artikel 7:954 BW de deelgeschilprocedure open.²⁸⁷ Het feit dat de procedure met een verzoekschrift moet worden ingeleid, brengt met zich dat naast de specifieke bepalingen van titel 17 ook de algemene regels van titel 3 van toepassing zijn. Aldus dient het verzoekschrift de algemene gegevens van artikel 278, eerste lid, Rv te bevatten. Ingevolge artikel 1019x, derde lid, Rv dient het verzoekschrift daarnaast de volgende informatie te vermelden: a. de aard en het vermoedelijke beloop van de vordering; b. een omschrijving van het deelgeschil; c. een zakelijk overzicht van de inhoud en het verloop van de onderhandelingen over de vordering; d. de naam en de woonplaats van de wederpartij. Ingevolge het vierde lid dient daarenboven melding worden gemaakt van een eventueel eerder gedaan verzoek tot oplossing van een deelgeschil, onder overlegging van de processtukken.

Bij de beoordeling van de vraag of de rechter het verzoek moet toe- of afwijzen, wordt doorslaggevende betekenis toegedicht aan het antwoord op de vraag of de deelgeschilprocedure kan bijdragen aan de totstandkoming van een vaststellingsovereenkomst, zo volgt uit artikel 1019z Rv.²⁸⁸ Een afwijzing volgt bijvoorbeeld als de deelgeschilprocedure louter

284 Kamerstukken II 2007/08, 31518, nr. 3, p. 3 (MvT). In het merendeel van de aanhangig gemaakte procedures, is het slachtoffer de verzoekende partij: A.J. Van en A.J. Akkermans, 'Effect deelgeschilprocedure veel groter dan zichtbaar aan alleen het aantal uitspraken', *TVP* 2011, nr. 3, p. 82-86; G. de Groot, 'De deelgeschilprocedure in de rechtspraktijk: goede start, spannende vlucht, behouden landing', *TCR* 2011, nr. 2, p. 41-49 en P. Oskam, 'De deelgeschillenrechter twee jaar in actie (IV)', *PIV-Bulletin* oktober 2012, p. 12-17.

285 Zie bijvoorbeeld Rechtbank Maastricht 26 oktober 2011, *LJN* BU7197. Zie ook maar dan afwijzing Rechtbank Utrecht 27 oktober 2010, *LJN* BO2891.

286 Kamerstukken I 2009/10, 31518, nr. C, p. 7 (MvA).

287 Zie bijvoorbeeld Rechtbank Arnhem 8 juni 2011, *LJN* BQ9096.

288 Kamerstukken I 2009/10, 31518, nr. C, p. 9-10 (MvA). De beslissing hoeft niet direct tot een vaststellingsovereenkomst te leiden aldus Rechtbank Roermond 25 april 2012, zaaknr. 1156/HA RK 11-146 (niet gepubliceerd) en Rechtbank Amsterdam 29 november 2012, *LJN* BY7466.

wordt aangewend als vertragingstactiek, er sprake is van misbruik van recht,²⁸⁹ of strijd is met de goede procesorde.²⁹⁰ Is niet aanstonds duidelijk dat het deelgeschil kan bijdragen, dan kan de rechter ter gelegenheid van een mondelinge behandeling met partijen bespreken welke stappen nog moeten worden genomen, teneinde tot die vaststellingsovereenkomst te komen, aldus artikel 1019ij, tweede lid, Rv.²⁹¹ Deze mondelinge behandeling kan ingevolge artikel 1019ij, eerste lid, Rv ook worden gebruikt om schikkingsmogelijkheden te beproeven.²⁹² Afspraken die op een zitting zijn gemaakt, kunnen in een proces-verbaal worden neergelegd. De afspraken zijn bindend, behoudens strijd met een dwingende wetsbepaling of met een fundamenteel beginsel van behoorlijke rechtspleging.²⁹³

Zie voor een voorbeeld van een onvoldoende bijdrage een beschikking van de Rechtbank Haarlem. De rechtbank maakte uit de overgelegde correspondentie tussen de belangenbehartiger van de patiënt en de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar van het ziekenhuis op dat er geen enkele bereidheid bestond tot onderhandeling. Gezien de afwezigheid van die bereidheid oordeelde de rechtbank dat er onvoldoende perspectief was op een buitengerechtelijke afwikkeling van de schade en werd het onderzoek afgewezen, omdat de verzochte beslissing onvoldoende kon bijdragen aan de totstandkoming van een vaststellingsovereenkomst, aldus de rechtbank.²⁹⁴

289 Kamerstukken II 2007/08, 31518, nr. 3, p. 4 (MvT). Zie bijvoorbeeld Rechtbank Breda 5 december 2011, *LJN* BU6973 (gebruikt als verzoek voorlopig deskundigenbericht) en Rechtbank Zutphen 20 oktober 2011, *LJN* BU1420 (louter oordeel over buitengerechtelijke kosten).

290 Zie voor een voorbeeld een deelgeschil dat aanhangig werd gemaakt bij het hof gelijktijdig met het hoger beroep van de bodemprocedure Gerechtshof's-Gravenhage 17 april 2012, *LJN* BW4607. Zie voor voorbeelden waarin de deelgeschilprocedure eigenlijk een bodemprocedure betrof gezien de omvang van het geschil Rechtbank Limburg 22 mei 2013, zaaknr. C/03/177939 / HA RK 13-8 (niet gepubliceerd); Rechtbank Limburg 22 mei 2013, zaaknr. C/03/178000 / HA RK 13-10 (niet gepubliceerd) en Rechtbank Limburg 22 mei 2013, zaaknr. C/03/178002 / HA RK 13-11 (niet gepubliceerd).

291 De mondelinge behandeling dient niet te worden verward met de comparitie van partijen, A.J. Akkermans en G. de Groot, 'De deelgeschilprocedure voor letsel- en overlijdensschade: nieuwe verantwoordelijkheden voor de rechter en voor partijen', *TVP* 2010, nr. 2, p. 29-36. Zie voor een voorbeeld van een instructie hoe verder te gaan Rechtbank Dordrecht 15 februari 2012, *JA* 2012, 88 en Rechtbank 's-Hertogenbosch 8 februari 2012, *LJN* BV3743.

292 In het eerste jaar het geval in 12% van de aanhangig gemaakte verzoeken, aldus A.J. Van en A.J. Akkermans, 'Effect deelgeschilprocedure veel groter dan zichtbaar aan alleen het aantal uitspraken', *TVP* 2011, nr. 3, p. 82-86.

293 Kamerstukken I 2009/10, 31518, nr. C, p. 10 (MvA).

294 Rechtbank Haarlem 23 november 2010, *LJN* BO6959. Zie ook (niet-medisch) Rechtbank Arnhem 7 september 2011, *LJN* BU6751; Rechtbank Arnhem 7 september 2011, *LJN* BU6743 en Rechtbank Arnhem 30 september 2011, *LJN* BU6738. Zie ook Rechtbank Limburg 22 mei 2013, zaaknr. C/03/177939 / HA RK 13-8 (niet gepubliceerd); Rechtbank Limburg 22 mei 2013, zaaknr. C/03/178000 / HA RK 13-10 (niet gepubliceerd) en Rechtbank Limburg 22 mei 2013, zaaknr. C/03/178002 / HA RK 13-11 (niet gepubliceerd). In deze zaken waren de onderhandelingen nog niet aangevangen.

Geschillen die zich in het kader van de aansprakelijkheid van de hulpverlener (en/of producent) lenen voor de deelgeschilprocedure betreffen bijvoorbeeld geschillen over de aansprakelijkheid, geschillen over het causaal verband en geschillen over de hoogte van de te vergoeden schade.²⁹⁵

Zie voor een voorbeeld over de vaststelling van de aansprakelijkheid in een deelgeschilprocedure de beschikking van de Rechtbank 's-Gravenhage. De zaak had betrekking op een sterilisatie van een patiënte uitgevoerd door een gynaecoloog. De patiënte verzocht de rechtbank voor recht te verklaren dat het ziekenhuis aansprakelijk was nu de sterilisatie zonder haar instemming was verricht. Het ziekenhuis betoogde dat het verzoek moest worden afgewezen omdat nader deskundigenbewijs nodig was. De rechtbank volgde het standpunt van het ziekenhuis niet. Zij overwoog dat aansprakelijkheid op basis van het voorliggende kon worden aangenomen zelfs al zou niet vast staan dat patiënte wel met de sterilisatie had ingestemd. In dat geval immers moest, gezien de toestand van de patiënte (onder invloed van anesthetica en gespannen over de gezondheidstoestand van haar kind) getwijfeld worden aan de werkelijke wil van de patiënte. De rechtbank wees de verklaring voor recht dan ook toe.²⁹⁶

Zie voor een voorbeeld van het vaststellen van het causaal verband een beschikking van de Rechtbank Arnhem. Aan de orde was een gecompliceerd verlopen bevalling met een mislukte vacuümextractie en een keizersnede. Het kind kwam ter wereld met ademhalings- en neurologische problemen, evenals met schouderletsel. Buiten rechte was een deskundige geraadpleegd, die oordeelde dat de arts in kwestie in dit geval door het verrichten van de vacuümextractie was afgeweken van de professionele standaard. Om die reden was aansprakelijkheid door de hulpverlener erkend. In de deelgeschilprocedure stond

²⁹⁵ Zie voor voorbeelden Kamerstukken II 2007/08, 31518, nr. 3, p. 16 (MvT). Zie ook A.J. Akkermans en G. de Groot, 'De deelgeschilprocedure voor letsel- en overlijdensschade: nieuwe verantwoordelijkheden voor de rechter en voor partijen', *TVP* 2010, nr. 2, p. 29-36. Zie voor een overzicht van de geschillen die het eerste jaar zijn voorgelegd A.J. Van en A.J. Akkermans, 'Effect deelgeschilprocedure veel groter dan zichtbaar aan alleen het aantal uitspraken', *TVP* 2011, nr. 3, p. 82-86. Het begrip deelgeschil moet ruim worden uitgelegd, zie uitvoeriger A.J. Akkermans en G. de Groot, 'De deelgeschilprocedure voor letsel- en overlijdensschade: nieuwe verantwoordelijkheden voor de rechter en voor partijen', *TVP* 2010, nr. 2, p. 29-36. Zie tot slot G.M. van Wassenae, 'Het wetsvoorstel deelgeschilprocedure voor letsel- en overlijdensschade, een reactie vanuit de praktijk', *VR* 2009, nr. 1, p. 2.

²⁹⁶ Rechtbank 's-Gravenhage 22 december 2010, *LJN* BO9396, ook besproken door M.J.J. de Ridder, 'Kroniek rechtspraak civiel recht', *TvGr* 2011 nr. (35) 8, p. 675-693. Zie voor een dergelijk verzoek ook Rechtbank Haarlem 23 november 2010, *LJN* BO6959; Rechtbank Zwolle 2 september 2011, *LJN* BU1425; Rechtbank Dordrecht 15 februari 2012, *JA* 2012, 88; Rechtbank Roermond 25 april 2012, zaaknr. 1156/HA-RK 11-146 (niet gepubliceerd) en Rechtbank Rotterdam 12 december 2012, *LJN* BY6446.

het causaal verband tussen de tekortkoming van de arts en de schade van het kind ter discussie. De patiënte meende dat dit causaal verband er was, zulks met toepassing van de omkeringsregel. Ondanks het verweer van de hulpverlener volgde de rechtbank dit standpunt.²⁹⁷

Zie voor een voorbeeld van een deelgeschil over de schade een beschikking van de Rechtbank Maastricht. De patiënte in kwestie was overleden aan de gevolgen van een tekortkoming van de arts. In geschil was de schade van de nabestaande van de patiënte. De rechtbank gaf partijen de uitgangspunten voor de berekening van die schade.²⁹⁸

Zie voor een voorbeeld van een deelgeschil over de verjaring van de vordering van de patiënt een beschikking van de Rechtbank 's-Hertogenbosch. De patiënt in kwestie stede een vordering te hebben wegens een in eerste instantie gemiste tibiaplateaufractuur. Het ziekenhuis verweerde zich met het standpunt dat de vordering was verjaard. De rechtbank oordeelde in het deelgeschil dat in dit geval de verjaringstermijn tijdig was gestuit door middel van schriftelijke mededelingen in het door de patiënt aanhangig gemaakte verzoek tot het gelasten van een voorlopig deskundigenbericht.²⁹⁹

Zie voor een voorbeeld van een deelgeschil over de vraag of een deskundigenrapport als uitgangspunt had te dienen een beschikking van de Rechtbank Haarlem. In deze zaak stond aansprakelijkheid van het ziekenhuis vast; er was een gaas in de buik van de patiënt achtergelaten. Om een discussie over het causaal verband te beslechten was een deskundige benoemd. Ondanks afspraken ging het ziekenhuis niet mee met het deskundigenrapport. De rechtbank oordeelde dat het deskundigenrapport als uitgangspunt had te dienen, omdat het ziekenhuis geen zwaarwegende en steekhoudende argumenten tegen het rapport had ingebracht. In diezelfde procedure wees de rechtbank het verzoek tot vaststelling van het causaal verband toe, evenals een verzoek te bepalen dat het ziekenhuis en beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar Centramed niet zonder uitdrukkelijke schriftelijke toestemming van de patiënt medische gegevens aan derden (andere deskundigen) mogen overhandigen dan wel ter inzage mogen

297 Rechtbank Arnhem 20 oktober 2011, *LJN* BU4405. Zie ook Rechtbank Utrecht 17 oktober 2012, *LJN* BY1151.

298 Rechtbank Maastricht 26 oktober 2011, *LJN* BU7197. Zie ook Rechtbank Utrecht 23 maart 2011, *JA* 2011, 107; Rechtbank 's-Hertogenbosch 13 december 2011, *LJN* BU7841 en Rechtbank Rotterdam 21 december 2011, *LJN* BU8990.

299 Rechtbank 's-Hertogenbosch 8 februari 2012, *LJN* BV3743.

geven. Terzijde maakte de rechtbank een opmerking over de niet constructieve houding van het ziekenhuis.³⁰⁰

Bij een en ander past echter één kanttekening. Op de deelgeschilprocedure is ingevolge artikel 284, eerste lid, Rv het regime van het gewone bewijsrecht van toepassing, ‘tenzij de aard van de zaak zich daartegen verzet’. De deelgeschilprocedure leent zich minder goed voor het raadplegen van (een) deskundige(n). De rechter zal zich moeten afvragen of de daarmee te investeren tijd, de kosten en de moeite opwegen tegen het belang van de vordering en de bijdrage die zijn beslissing kan leveren aan de totstandkoming van een vaststellingsovereenkomst.³⁰¹ Is er dus nog een deskundigenbericht nodig om de aansprakelijkheid of het causaal verband vast te stellen, dan loopt de patiënt kans op een niet-ontvankelijk verklaring. Datzelfde risico loopt de patiënt, indien de hulpverlener en hij een verschil van mening hebben over de feitelijke gang van zaken en eerst een getuigenverhoor nodig is om die vast te stellen. Wel kan een verzoek tot medewerking aan een deskundigenbericht worden gelast.³⁰²

Zie voor een voorbeeld van een afwijzing wegens een nog te entameren deskundigenbericht een beschikking van de Rechtbank Rotterdam. Aan de orde was een gestelde tekortkoming van een oogarts, waartoe door de patiënt de oogarts en het ziekenhuis in een deelgeschilprocedure waren betrokken. Primair verzocht de patiënt de rechter om op basis van de voorhanden zijnde deskundigenrapportages te beslissen dat de arts en het ziekenhuis aansprakelijk waren voor de schade aan het oog van de patiënt. Subsidiair verzocht de patiënt de rechter om, zo deze geen oordeel kon vellen op basis van het voorliggende bewijs, een deskundige te benoemen. De rechtbank overwoog dat zij vooralsnog niet kon vaststellen dat de arts en het ziekenhuis aansprakelijk waren. Ten aanzien van het subsidiair gevorderde – het deskundigenbericht – overwoog zij als volgt: ‘Het voorgaande betekent (...) dat een beslissing op het onderhavige deelgeschil bij de huidige stand van zaken instructie vereist, in de vorm van in elk geval deskundigenonderzoek, en wellicht nadere bewijsvoering (...). Het subsidiaire verzoek tot het gelasten van een nader deskundigenonderzoek zou

300 Rechtbank Haarlem 4 januari 2013, *LJN* BZ0050. Zie voor een vergelijkbare zaak Rechtbank Almelo 28 februari 2013, *LJN* BZ3464. Zie voor een zaak betreffende een deelgeschil over nadere vragen aan de deskundige Rechtbank 's-Gravenhage 30 november 2012, *LJN* BZ2041.

301 Kamerstukken I 2009/10, 31518, nr. C, p. 11 (MvA). Zie over de proportionaliteitstoets uitvoeriger A.J. Akkermans en G. de Groot, ‘De deelgeschilprocedure voor letsel- en overlijdensschade: nieuwe verantwoordelijkheden voor de rechter en voor partijen’, *TVP* 2010, nr. 2, p. 29-36. Zie voor een voorbeeld van een zaak waarin deze afweging werd gemaakt Rechtbank Almelo 18 juli 2012, *JA* 2012, 175, evenals Rechtbank Middelburg 13 juni 2012, *LJN* BY4585.

302 Zie bijvoorbeeld Rechtbank Rotterdam 1 februari 2012, *LJN* BV2500.

op zichzelf wellicht toewijsbaar zijn als verzoeker daartoe meer concrete stellingen had betrokken. Daarvan is echter geen sprake: er zijn geen vragen voorgesteld en geen namen genoemd. Voorts heeft de rechtbank in aanmerking genomen dat in het kader van dit deelgeschil geen volledig debat tussen partijen over een te gelasten deskundigenonderzoek heeft plaatsgevonden, zodat het overleg daarover nog vrijwel geheel moet beginnen. Daardoor weegt naar het oordeel van de rechtbank de investering in tijd, geld en moeite die met de beslissing op dit deelgeschil gepaard zou gaan, niet op tegen het (thans bekende) belang van de vordering en de bijdrage die een beslissing aan de totstandkoming van een minnelijke regeling kan leveren. Van betekenis daarbij is dat door de benodigde instructie van een snelle beslissing geen sprake zal kunnen zijn. De rechtbank geeft partijen echter in overweging zelf te komen tot een deskundigenbericht dat aan voornoemde eisen voldoet.³⁰³

Ten opzichte van andere proceduremogelijkheden heeft de deelgeschilprocedure voor de patiënt het voordeel dat ingevolge artikel 1019aa, eerste en tweede lid, Rv de kosten van de deelgeschilprocedure als buitengerechtelijke kosten worden gezien die door de aansprakelijke partij moeten worden vergoed, mits is voldaan aan de dubbele redelijkheidstoets.³⁰⁴ De kosten van de deelgeschilprocedure moeten dus door de aansprakelijke hulpverlener gedragen worden, tenzij aansprakelijkheid niet komt vast te staan.³⁰⁵ De kosten worden alsnog als gerechtelijke kosten als bedoeld in artikel 241 Rv aangemerkt, indien het tot een bodemprocedure komt.³⁰⁶ Rechtvaardiging voor deze wijze van vergoeding van proceskosten is gezocht in het feit dat er zozeer verbondenheid is met de buitengerechtelijke fase dat dit moet doorklinken in het kostenaspect.³⁰⁷ De rechter begroot de kosten van de deelgeschilprocedure. Deze begroting levert geen executoriale titel op.³⁰⁸

303 Rechtbank Rotterdam 13 april 2011, *LJN* BQ1123. Zie ook Rechtbank Haarlem 12 mei 2011, *LJN* BQ4765; Rechtbank Maastricht 24 mei 2011, *LJN* BQ5739; Rechtbank Arnhem 7 september 2011, *LJN* BU6743; Rechtbank 's-Hertogenbosch 20 oktober 2011, *LJN* BT8905; Rechtbank 's-Gravenhage 1 november 2011, *JA* 2012, 21; Rechtbank Arnhem 25 november 2011, *LJN* BV0285; Rechtbank Middelburg 11 januari 2012, *LJN* BW6490 en Rechtbank 's-Hertogenbosch 8 februari 2012, *LJN* BV3743. Zie echter anders: Rechtbank 's-Hertogenbosch 23 december 2010, *LJN* BO9650.

304 Zie hoofdstuk 7, par. 7.2.2.3 voor de dubbele redelijkheidstoets bij de vergoeding van buitengerechtelijke kosten. Zie par. 8.3.5 voor de kosten van een bodemprocedure.

305 Zie ook Kamerstukken II 2007/08, 31518, nr. 3, p. 19 (MvT). Voorts is het mogelijk dat, ook al is aansprakelijkheid erkend, de kosten voor rekening van de patiënt komen wanneer het aanhangig maken van de deelgeschilprocedure als onrechtmatig moet worden aangemerkt. Zie voor een (niet-medisch) voorbeeld waarin de rechter oordeelde dat het verzoek volstrekt onterecht en onnodig was ingediend en dat om die reden de kosten niet voor vergoeding in aanmerking kwamen Rechtbank Amsterdam 26 juli 2012, *LJN* BX4320.

306 Kamerstukken II 2007/08, 31518, nr. 3, p. 19 (MvT).

307 Kamerstukken II 2007/08, 31518, nr. 3, p. 18 (MvT).

308 A.J. Akkermans en G. de Groot, 'De deelgeschilprocedure voor letsel- en overlijdensschade: nieuwe verantwoordelijkheden voor de rechter en voor partijen', *TVP* 2010, nr. 2, p. 29-36.

Uit artikel 1019bb Rv volgt dat tegen de beslissing van de rechter in deelgeschilprocedure geen hoger beroep open staat. Het openstaan van een rechtsmiddel verdraagt zich immers bezwaarlijk met de ratio van de deelgeschilprocedure.³⁰⁹ Een uitzondering geldt voor die gevallen waarin de rechter de deelgeschilprocedure ten onrechte heeft toegepast, dat ten onrechte juist niet heeft gedaan of de regeling heeft toegepast met verzuim van essentiële vormen.³¹⁰ De partij die zich niet kan vinden in het oordeel van de rechter dient dan ook een bodemprocedure te beginnen, bij welk eindvonnis in die procedure hoger beroep bij het gerechtshof kan worden ingesteld:³¹¹ een beschikking in een deelgeschil waarin uitdrukkelijk en zonder voorbehoud is beslist op een of meer geschilpunten tussen partijen *betreffende hun materiële rechtsverhouding* heeft dezelfde status als een tussenvonnis in een bodemprocedure, aldus artikel 1019cc, eerste lid, Rv.³¹² Op ‘het tussenvonnis’ kan door de bodemrechter alleen worden teruggekomen, indien uit feiten blijkt dat de beslissing op een onjuiste juridische of feitelijke grondslag berust.³¹³ Indien de beschikking van de deelgeschilrechter tevens een *veroordeling* van een van partijen inhoudt, komt aan die veroordeling in de procedure ten principale geen verdergaande betekenis toe dan wanneer zij zou zijn opgenomen in een tussen partijen gewezen vonnis in kort geding, aldus artikel 1019cc, tweede lid, Rv.³¹⁴

Inmiddels zijn de eerste evaluaties betreffende de deelgeschilprocedure verricht. Hieruit blijkt dat de procedure en welkome bijdrage levert aan de afwikkeling van letselschade- en overlijdenszaken.³¹⁵ De verwachte toename van de druk op de rechterlijke macht is uitgebleven, zo leren de eerste ervaringen.³¹⁶

309 Zie ook A.J. Akkermans en G. de Groot, ‘De deelgeschilprocedure voor letsel- en overlijdensschade: nieuwe verantwoordelijkheden voor de rechter en voor partijen’, *TVP* 2010, nr. 2, p. 29-36.

310 A.J. Akkermans en G. de Groot, ‘De deelgeschilprocedure voor letsel- en overlijdensschade: nieuwe verantwoordelijkheden voor de rechter en voor partijen’, *TVP* 2010, nr. 2, p. 29-36.

311 Of binnen drie maanden, te rekenen van de eerste roldatum, dan wel, indien de beschikking nadien is gegeven, binnen drie maanden, te rekenen van de dag van de uitspraak van de beschikking, met dien verstande dat de appellant, binnen de grenzen van artikel 332 Rv, in het hoger beroep slechts ontvankelijk zal zijn, indien de rechter in eerste aanleg deze mogelijkheid heeft geopend op een daartoe binnen dezelfde termijn door een der partijen gedaan verzoek, waarover de wederpartij is gehoord. Zie ook A.J. Akkermans en G. de Groot, ‘De deelgeschilprocedure voor letsel- en overlijdensschade: nieuwe verantwoordelijkheden voor de rechter en voor partijen’, *TVP* 2010, nr. 2, p. 29-36.

312 Kamerstukken II 2007/08, 31518, nr. 3, p. 20-21 (MvT).

313 HR 25 april 2008, *NJ* 2008, 553, met nt. H.J. Snijders.

314 De appelmogelijkheid van de beschikking in de procedure ten principale staat in artikel 1019cc, derde lid, Rv. Zie voor een voorbeeld van hoger beroep inzake een kostenveroordeling (deelgeschil, kort geding, hoger beroep kort geding): Gerechtshof Arnhem 13 december 2011, *LJN* BU8395. Zie over de appelmogelijkheden nader P. Oskam, ‘De deelgeschillenrechter twee jaar in actie (IV)’, *PIV-Bulletin* oktober 2012, p. 12-17.

315 G. de Groot, ‘De deelgeschilprocedure in de rechtspraktijk: goede start, spannende vlucht, behouden landing’, *TCR* 2011, nr. 2, p. 41-49 en A.J. Van en A.J. Akkermans, ‘Effect deelgeschilprocedure veel groter dan zichtbaar aan alleen het aantal uitspraken’, *TVP* 2011, nr. 3, p. 82-86.

316 G. de Groot, ‘De deelgeschilprocedure in de rechtspraktijk: goede start, spannende vlucht, behouden landing’, *TCR* 2011, nr. 2, p. 41-49.

8.3 DE GERECHTELIJKE BODEMPROCEDURE

8.3.0 *Opmerkingen vooraf*

De gerechtelijke bodemprocedure is het aangewezen traject, indien partijen er buiten rechte met de onderhandelingen (al dan niet met de hulp van een derde partij, zoals een mediator), een beslissing van de deelgeschilrechter en/of een medisch deskundigenbericht niet uit komen. In deze paragraaf worden enkele (Nederlandse) processuele aspecten besproken.³¹⁷ Ten eerste worden de bij het proces betrokken partijen besproken en wat hun rol is of kan zijn in een procedure (par. 8.3.1). Dit zijn de patiënt, de hulpverlener, de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar en de producent. Zij worden in een bodemprocedure doorgaans vertegenwoordigd door een advocaat. Op het waarborgen van kwaliteit van de advocaat wordt niet opnieuw ingegaan. Daarvoor zij verwezen naar het buitengerechtelijk traject. Vervolgens wordt de rol van de civiele rechter beschreven en geanalyseerd, waarbij ook het waarborgen van de kwaliteit van de rechterlijke macht wordt geanalyseerd (par. 8.3.2). In een bodemprocedure wordt, net als in het buitengerechtelijke traject, veel gebruik gemaakt van het advies van een medisch deskundige. Zijn rol is dan ook het derde te beschrijven en analyseren onderwerp (par. 8.3.3). Daarna wordt ingegaan op de omgang met medische informatie in de procedure (par. 8.3.4). De kosten van het proces worden als laatste onderwerp beschreven en geanalyseerd (par. 8.3.5). Andere processuele aspecten worden bekend verondersteld en een bespreking ervan gaat het bestek van dit boek te buiten.

8.3.1 *Partijen in de bodemprocedure*

8.3.1.1 **De patiënt en zijn advocaat**

Als de patiënt via de rechter zijn recht op schadevergoeding wil afdwingen, zal hij als eisende partij een gerechtelijke procedure moeten inleiden door middel van het uitbrengen van een dagvaarding. Dit is anders, indien de patiënt jonger is dan 16 jaar: de patiënt heeft

317 Wanneer het ziekenhuis de patiënt verwijst naar een ziekenhuis gelegen in een andere EU-Lidstaat, of de patiënt zelfstandig een arts in een EU-Lidstaat entameert, kan dit invloed hebben op zowel de rechtsmacht van de Nederlandse rechter als het toepasselijke recht: bij gebreke van een rechtskeuze of forumkeuze in de geneeskundige behandelingsovereenkomst is ingevolge artikel 4 Rome I Verordening en artikel 4 of 7 EEX-Verordening (gewijzigd in december 2012) het recht van de EU-Lidstaat waar de geneeskundige behandeling plaatsvond van toepassing en dient de patiënt de hulpverlener voor de rechter van die Lidstaat te dagen. Zie voor voorbeelden (grondslag onrechtmatige daad) van zaken waarin buitenlands recht van toepassing was Rechtbank Rotterdam 23 januari 2013, *LJN BZ2365* en Rechtbank Rotterdam 23 januari 2013, *LJN BZ2397*.

in dat geval géén procesbevoegdheid en kan dus niet als eisende partij optreden.³¹⁸ Die bevoegdheid komt toe aan de ouder die het gezag uitoefent of de voogd. De ouder of de voogd die in zijn hoedanigheid van wettelijk vertegenwoordiger namens de minderjarige patiënt een procedure aanhangig wil maken, heeft daartoe op grond van artikel 1:253k BW in samenhang gelezen met artikel 1:349 BW een machtiging van de kantonrechter nodig.³¹⁹ Hetzelfde geldt voor de mentor en de curator in geval van een wilsonbekwame patiënt, zulks op grond van artikel 1:456 BW respectievelijk artikel 1:386 BW in samenhang gelezen met artikel 1:349 BW. Voor de bewindvoerder geldt de verplichting ingevolge artikel 1:449 BW. Een rechterlijke machtiging kan ook tijdens het geding in eerste aanleg nog worden verleend.³²⁰ Voor zover een wettelijk vertegenwoordiger of een andere derde (daarnaast) *voor zichzelf* een vordering instelt, zal deze ingevolge artikel 3:303 BW een voldoende belang moeten hebben, bijvoorbeeld eigen schade. Een zuiver emotioneel belang (bijvoorbeeld het door wettelijk vertegenwoordigers gestelde belang dat zij pas een zinvol begin met het verwerken van de dood van hun kind kunnen maken als de aansprakelijkheid van de hulpverlener is vastgesteld) is in het verleden onvoldoende geoordeeld, alhoewel in de literatuur wordt opgemerkt dat de Hoge Raad inmiddels een andere koers vaart.³²¹ Is de patiënt overleden, dan kunnen de nabestaanden van de patiënt als eisende partij optreden. Een andere vertegenwoordiger die namens de patiënt bevoegd is in rechte op te treden in geval van gelijksoortige belangen – te denken valt bijvoorbeeld aan een procedure jegens een producent van wiens product meerdere patiënten het slachtoffer zijn geworden – is een stichting of vereniging met volledige rechtsbevoegdheid, mits de stichting of vereniging de (gelijksoortige) belangen ingevolge haar statuten behartigt, zo volgt uit artikel 3:305a BW. Vereist is voorts dat de bundeling van deze (gelijksoortige) belangen een effectieve en/of efficiënte rechtsbescherming bevordert.³²²

Deze ‘collectieve actie’ kent een beperking: de rechtsovereenkomst kan niet strekken tot een schadevergoeding te voldoen in geld. Bij de invoering van de collectieve

318 Ingevolge artikel 7:447, derde lid, BW is de minderjarige van zestien jaar en ouder bekwaam zowel in als buiten rechte op te treden. Zie voor een voorbeeld Gerechtshof Amsterdam 6 juli 2010, zaaknr. 200.066.251/01 (niet gepubliceerd).

319 Zie voor voorbeelden Gerechtshof Arnhem 2 september 2012, *LJN* BX8853 en Rechtbank Rotterdam 29 februari 2012, *LJN* BV8093.

320 Zie onder meer HR 5 maart 1971, *NJ* 1971, 260, met nt. D.J. Veegens; HR 7 september 1984, *NJ* 1985, 32, met nt. W.H. Heemskerk; HR 20 november 1987, *NJ* 1988, 279, met nt. W.H. Heemskerk en HR 16 juni 2006, *NJ* 2006, 341.

321 HR 9 oktober 1998, *NJ* 1998, 853 (Baby Jeffrey). Zie echter G.E. van Maanen, ‘Maakt Chipshol een einde aan Jeffrey? Genoegdoening als voldoende belang in de zin van art. 3:303 BW?’, *NTBR* 2010/6, p. 189-195. Zie voor de beschikking van de Hoge Raad zelf HR 19 maart 2010, *NJ* 2010, 172.

322 Wet van 6 april 1994, Stb. 269. Zie voor voorbeelden Rechtbank 's-Gravenhage 7 september 2005, *LJN* AU2088; Rechtbank 's-Gravenhage 7 september 2005, *LJN* AU2091; Gerechtshof 's-Gravenhage 20 december 2007, *LJN* BC0619; HR 9 april 2010, *LJN* BK4547 en HR 9 april 2010, *LJN* BK4549.

actie is er bewust voor gekozen deze mogelijkheid uit te sluiten (artikel 3:305a, derde lid, BW). Dit hield verband met het feit dat een vordering tot schadevergoeding in geld zich niet goed leent om behandeld te worden in een collectieve actie. Een dergelijke procedure is dus met name bruikbaar, indien het gaat om louter de vaststelling van de aansprakelijkheid in de vorm van een verklaring voor recht. Een collectieve actie is bovendien gebaseerd op het principe van ‘opt in’. Dat betekent dat een benadeelde patiënt pas gebonden is aan de uitspraak in de collectieve actie, indien hij partij is bij de procedure – de stichting treedt op naam van de patiënt op of als gevolmachtigde – of uitdrukkelijk een beroep doet op de uitspraak in een door hem afzonderlijk te starten procedure.³²³

Een andere rol die de patiënt tijdens de procedure kan innemen is die van partijgetuige. Dit recht komt hem toe op grond van artikel 164, eerste lid, Rv. De patiënt kan bijvoorbeeld worden verzocht een getuigenis af te leggen met betrekking tot zijn gezondheid en/of zijn schade. De verklaring van de patiënt kan echter geen bewijs in zijn voordeel opleveren, tenzij de verklaring strekt ter aanvulling van onvolledig bewijs, aldus artikel 164, tweede lid, Rv. Wordt de patiënt als getuige opgeroepen, dan is hij ingevolge artikel 165, eerste lid, Rv, verplicht een verklaring af te leggen.

De patiënt zal zich doorgaans laten bijstaan door een advocaat;³²⁴ Nederland kent ingevolge artikel 79, tweede lid, Rv in civiele zaken een verplichte procesvertegenwoordiger door een advocaat, met uitzondering van zaken die door de sector kanton van de rechtbank kunnen worden behandeld.³²⁵ De patiënt dient zich in de bodemprocedure dus in elk geval te laten bijstaan door een advocaat als zijn vordering een bedrag van € 25.000 te boven gaat. Dit geldt ook voor de nabestaanden. Het beginsel van verplichte procesvertegenwoordiging is ten eerste ingevoerd om te waarborgen dat de standpunten en belangen van de partij in een gerechtelijke procedure behoorlijk naar voren worden gebracht. Ten tweede dient het beginsel van verplichte procesvertegenwoordiging ook een algemeen belang. Wanneer burgers zelf hun geschil of verweer aan de rechter zouden mogen voorleggen, zou de rechter, om een gewogen en eerlijk oordeel te kunnen geven, eerst zelf alle gepresenteerde feiten en standpunten in juridisch relevante punten moeten vertalen.³²⁶ De rol

323 Kamerstukken II 1991/92, 22486, nr. 3, p. 26-27 (MvT).

324 De patiënt heeft een vrije advocaatkeuze. De HR heeft aan het HvJEU de prejudiciële vraag gesteld of artikel 4, eerste lid, Richtlijn 87/344/EEG toelaat dat rechtsbijstandverzekeraar in hun polisvoorwaarden bepalen dat rechtsbijstand in een procedure in beginsel zal worden verleend door werknemers van de verzekeraar, zie HR 28 september 2012, LJN BW7507.

325 Zie ook artikel 278 Rv voor verzoekschriftprocedure. De kantonrechter heeft competentie in geschillen waarmee ten hoogste een bedrag van € 25.000 is gemoeid, artikel 93 Rv.

326 W.H.B. den Hartog Jager, *Procederen met of zonder procesvertegenwoordiger*, Serie Burgerlijk Proces & Praktijk, Deventer: Kluwer 2005, p. 22.

van de advocaat is mitsdien groot: het is de advocaat die de rechter de feiten moet aandragen en het benodigde bewijs moet aanleveren. Hij beslist welke gronden wel en niet worden aangevoerd. Het succes van verhaal van schade is dan ook afhankelijk van de kwaliteit van de advocaat. In de literatuur wordt echter opgemerkt dat advocaten in medische kwesties op aantoonbare punten tekortschieten bij het aanvoeren van feiten en bewijs.³²⁷ Wat het waarborgen van die kwaliteit betreft wordt, teneinde herhaling te voorkomen, gewezen op hetgeen is gezegd over het waarborgen van kwaliteit van de advocaat in het buitengerechtelijk traject.³²⁸

8.3.1.2 De hulpverlener, de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar, de producent en hun advocaat

In het geval van een tekortkoming is de dagvaarding voor de arts of het ziekenhuis als gedaagde partij bestemd, al naar gelang de arts of het ziekenhuis de contracterende partij is geweest van de patiënt.³²⁹ Het ziekenhuis kan bovendien naast de arts als ‘centraal adres’ aansprakelijk zijn en om die reden gedaagde partij zijn.³³⁰ Is de grondslag bij afwezigheid van een contract gebaseerd op de onrechtmatige daad, dan zal evenzeer de arts of het ziekenhuis moeten worden gedagvaard, al naar gelang wie onrechtmatig handelde.³³¹ Is de grondslag van het recht op schadevergoeding gebaseerd op de risicoaansprakelijkheid van de producent (of de onrechtmatige daad) voor het op de markt brengen van een gebrekkig product, dan zal de producent worden gedagvaard en als gedaagde partij optreden.³³² Het dagvaarden van meerdere personen is noodzakelijk, wanneer mogelijk meerdere hulpverleners aansprakelijk zijn, wanneer zowel een hulpverlener als een producent aansprakelijk is, maar bijvoorbeeld ook in het geval de patiënt zich met een beroep op de directe actie rechtstreeks tot de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar wil wenden.³³³ Indien de patiënt

327 Zie uitvoerig R.W.M. Giard, *Dokteren aan het aansprakelijkheidsrecht* (oratie Rotterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012, p. 1, 13-25, 27, 29, 31, 35, 51-52 en 74. Giard geeft een uitvoerige beschrijving en analyse van de rol van de advocaat, de afhankelijkheid van de rechtzoekende patiënt en de fouten die worden gemaakt.

328 Zie par. 8.2.1.2.

329 Zie hoofdstuk 4, par. 4.2 voor de tekortkoming als grondslag voor aansprakelijkheid. Dagvaarding geschiedt ingevolge artikel 111 Rv bij exploit, dat door de deurwaarder moet worden uitgebracht aan de persoon voor wie het is bestemd, aldus artikel 45 Rv.

330 Zie voor centrale aansprakelijkheid hoofdstuk 4, par. 4.4. Het ziekenhuis kan ook gedaagde zijn wanneer de patiënt op goede gronden mocht aannemen dat het ziekenhuis, ook al was het geen contractspartij en gold de centrale aansprakelijkheid niet, de schijn heeft gewekt aansprakelijkheid te aanvaarden, zie bijvoorbeeld Gerechtshof Arnhem 2 september 2012, *LJN* BX8853.

331 Zie voor de grondslag van de onrechtmatige daad hoofdstuk 4, par. 4.3.

332 Zie voor de grondslag(en) voor aansprakelijkheid van de producent hoofdstuk 5, par. 5.2.

333 Vorderingen uit een overeenkomst met een openbare maatschap kunnen worden ingesteld tegen de maten afzonderlijk of tegen de maatschap als zodanig. Aangezien een maatschap geen rechtspersoonlijkheid heeft, dienen dergelijke vorderingen te worden ingesteld tegen de gezamenlijke (rechts)personen die ten tijde van de dagvaarding maat zijn. In de dagvaarding kan worden volstaan met vermelding van de naam van de maatschap indien de gezamenlijke maten onder die naam op voor derden duidelijk kenbare wijze aan het

zijn vordering wenst in te stellen tegen zowel de hulpverlener als de verzekeraar, dan kunnen zij beide worden gedagvaard bij hetzelfde exploit. De patiënt kan er eveneens voor kiezen om de verzekeraar bij afzonderlijk oproepingsexploit in het geding te roepen. Artikel 7:954, zesde lid, BW in combinatie met artikel 118 Rv geeft de patiënt daartoe de mogelijkheid.

De arts kan, net als de patiënt, ook de rol van getuige hebben, bijvoorbeeld in een procedure tegen het ziekenhuis of de verzekeraar, of als partijgetuige in een procedure tegen de arts zelf. Het ziekenhuis kan als partijgetuige worden opgeroepen als de dagvaarding zich richt tegen het ziekenhuis. Een en ander geldt ook voor de producent. Een getuigenis kan bijvoorbeeld worden verlangd om de toedracht tijdens de geneeskundige behandeling opgehelderd te krijgen. Heeft de *hulpverlener* deze rol in het proces, dan is een punt van aandacht dat zowel de arts als het ziekenhuis ingevolge artikel 165, tweede lid, sub b, Rv het recht heeft om zich te verschonen (functioneel verschoningsrecht). Hun komt dus een uitzondering toe op de plicht een getuigenis af te leggen (artikel 165, eerste lid, Rv).³³⁴

Het verschoningsrecht geldt voor de arts die de patiënt behandelt of behandeld heeft,³³⁵ verpleegkundigen,³³⁶ de arts-directeur van een ziekenhuis,³³⁷ andere in de gezondheidszorg werkzame personen, zoals coassistenten, de medisch secretaresse, de MIP-commissie en de Raad van Bestuur, maar ook voor 'het ziekenhuis' als zodanig.³³⁸ Voor zover genoemde (rechts)personen geen zelfstandig verschoningsrecht is toegekend, komt hun dat recht toe, voor zover het de arts toekomt. Het betreft dan een afgeleid verschoningsrecht. De grondslag van het aan een beperkte groep van vertrouwenspersonen toekomende verschoningsrecht moet worden gezocht in een in Nederland geldend algemeen rechtsbeginsel dat meebrengt dat bij zodanige vertrouwenspersonen het maatschappelijk belang dat de waarheid in rechte aan het licht komt, moet

rechtsverkeer deelnemen, zie HR 5 november 1976, *NJ* 1977, 586, met nt. W.H. Heemskerk en HR 15 maart 2013, *LJN* BY7840, rov. 3.4.2. Indien blijkt dat bedoeld is de gezamenlijke maten te dagvaarden, maar niet alle (rechts)personen zijn gedagvaard die ten tijde van de dagvaarding maat waren, dan dient de rechter ingevolge artikel 118 Rv de gelegenheid te geven die personen alsnog in het geding te betrekken.

334 Zie voor een voorbeeld Rechtbank Rotterdam 13 februari 2007, te kennen uit HR 21 oktober 2008, *NJ* 2008, 630, met nt. J. Legemaate.

335 HR 21 april 1913, *NJ* 1913, 958. Zie ook hoofdstuk 3, par. 3.4.4. Zie voorts W.J.L.M. Duijst-Heesters, Boeven in het ziekenhuis, Den Haag: Sdu 2007, p. 55. Een vertrouwensarts komt geen verschoningsrecht toe. Wel wordt hem het verschoningsrecht toegekend voor zover dat nodig is om de anonimiteit van niet-professionele melders te waarborgen: HR 15 oktober 1999, *NJ* 2001, 42, met nt. F.C.B. van Wijmen.

336 HR 23 november 1990, *NJ* 1991, 761, met nt. J.B.M. Vranken.

337 HR 30 november 1927, *NJ* 1928, 265.

338 Zie ook M. Buijsen e.a., Medisch beroepsgeheim in dubio, De verhouding van het medisch beroepsgeheim tot zwaarwegende maatschappelijke belangen, Erasmus Universiteit Rotterdam, oktober 2012, p. 36.

wijken voor het maatschappelijk belang dat een ieder zich vrijelijk en zonder vrees voor openbaarmaking van het besprokene om bijstand en advies tot hen moet kunnen wenden.³³⁹

Het verschoningsrecht strekt zich uit tot feiten die betrekking hebben op de behandeling en de verzorging van de patiënt. Voorts ziet het op feiten die de hulpverlener in zijn hoedanigheid van arts zijn meegedeeld of waarvan hij in zijn hoedanigheid kennis heeft gekregen en waarvan de openbaarmaking het vertrouwen zou beschamen dat patiënten met het oog op zijn hulpverlenende taak in hem moeten kunnen stellen. De informatie hoeft niet noodzakelijkerwijs te zijn verkregen binnen de muren van de behandelpraktijk en de patiënt hoeft evenmin noodzakelijkerwijs bij kennis te zijn geweest om van ‘toevertrouwen’ te mogen spreken.³⁴⁰

Een voorbeeld van informatie die niet onder het verschoningsrecht valt betreft volgens de Rechtbank 's-Hertogenbosch de bekendheid van de arts met het tijdstip waarop de patiënt in het ziekenhuis is binnengekomen. Naar het oordeel van de rechtbank is dit niet een aan de arts in zijn vertrouwensrelatie met de patiënt in het geheim of vertrouwelijk bekend geworden gegeven.³⁴¹

Een en ander betekent dat de hulpverlener, opgeroepen in een procedure als getuige, zich mag beroepen op zijn verschoningsrecht voor zover hem wordt gevraagd antwoord te geven op vragen die de behandeling van de patiënt betreffen en zolang de rechter aan redelijke twijfel onderhevig acht of die beantwoording naar waarheid zou kunnen geschieden zonder dat wordt geopenbaard wat verborgen diende te blijven.³⁴² Het hebben van een verschoningsrecht impliceert echter niet dat de hulpverlener daarvan te allen tijde gebruik *moet* maken. Het staat ter beoordeling van de hulpverlener als getuige of en in welke mate hij zijn verschoningsrecht zal uitoefenen;³⁴³ de rechter kan dit slechts marginaal toetsen.³⁴⁴ De hulpverlener heeft dan ook invloed op de mate waarin feiten over de toedracht van het incident aan het licht komen. Dit is niet zozeer een probleem wanneer de patiënt

339 Zie onder meer HR 30 januari 2004, *NJ* 2005, 455, met nt. W.D.H. Asser.

340 J.L.M. Duijst-Heesters, Boeven in het ziekenhuis, Den Haag: Sdu 2007, p. 37 en H.J.J. Leenen, J.K.M. Gevers, J. Legemaate, *Handboek gezondheidsrecht*, Deel I, Houten: Bohn Stafleu van Loghum, vijfde geheel herziene druk, 2011, p. 229.

341 Rechtbank 's-Hertogenbosch 10 februari 1984, *NJ* 1984, 18.

342 HR 7 juni 1985, *NJ* 1986, 174.

343 HR 30 november 1999, *NJ* 2002, 438, met nt. Y. Buruma; HR 12 februari 2002, *NJ* 2002, 440, met nt. Y. Buruma en HR 20 januari 2006, *NJ* 2006, 78.

344 HR 7 juni 1985, *NJ* 1986, 174; HR 6 maart 1987, *NJ* 1987, 1016, met nt. W.L. Haardt en HR 26 mei 2009, *NJ* 2009, 263, met nt. J. Legemaate.

optreedt als eisen partij: het beroepsgeheim geldt immers niet ten opzichte van de patiënt. Ten opzichte van de patiënt heeft de hulpverlener juist een verzwaarde stelplicht.³⁴⁵

Zie voor een voorbeeld een uitspraak van het Gerechtshof Amsterdam. In de zaak in kwestie had de huisarts zich schuldig gemaakt aan seksuele handelingen bij zijn patiënte. Voorts had hij haar hoge doses kalmerende medicatie toegediend. De patiënte had tijdens de jegens de arts aangespannen procedure de rechtbank verzocht om in het kader van een voorlopig getuigenverhoor de huisarts te horen. De huisarts gaf bij die gelegenheid aan niet te willen verklaren omdat dit in strijd zou komen met zijn geheimhoudingsplicht. De rechter-commissaris noch het hof in hoger beroep nam hiermee genoegen. Ten eerste vond het hof de seksuele handelingen niet vallen onder het beroepsgeheim: het waren geen mededelingen die de huisarts in die hoedanigheid waren toevertrouwd. Voorts oordeelde het hof dat de patiënte recht had op naar waarheid verstrekte informatie over de medicijnen die haar waren voorgeschreven en de bij haar gestelde diagnose. Het verschoningsrecht stond daaraan niet in de weg, aldus het hof.³⁴⁶

Het verschoningsrecht kan echter wel een probleem zijn als een ander dan de patiënt als eisende partij optreedt. In het bijzonder is dit het geval wanneer de nabestaanden na het overlijden van de patiënt een vordering hebben ingediend. Besproken is reeds dat, hoewel de geneeskundige behandelingsovereenkomst tot een einde is gekomen, ook na de dood van de patiënt het beroepsgeheim van toepassing is.³⁴⁷ Dit brengt met zich dat derden, waaronder familieleden,³⁴⁸ niet zonder meer recht hebben op informatie over de ziekte of doodsoorzaak. In de praktijk wordt desalniettemin informatie gegeven, indien het – door de nabestaanden concreet te maken³⁴⁹ – *aannemelijk* is dat de overleden patiënt een bepaald belang zou hebben willen bevorderen, bijvoorbeeld verhaal van schade in geval van een

345 HR 20 november 1987, *NJ* 1988, 500, met nt. W.L. Haardt (Timmer/Deutman); HR 18 februari 1994, *NJ* 1994, 368 (Schepers/De Bruijn); HR 7 september 2001, *NJ* 2001, 615; HR 20 april 2007, *VR* 2007, 133, met nt. G.M. van Wassenae en HR 15 juni 2007, *NJ* 2007, 335.

346 Gerechtshof Amsterdam 21 december 1989, *NJ* 1990, 805.

347 Hoofdstuk 3, par. 3.4.4.

348 Heersende jurisprudentie, zie echter voor een uitzondering Gerechtshof Leeuwarden 12 mei 1999, *TvGr* 2000, nr. 25 waar door het hof kinderen niet als derden werden gezien.

349 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 12 december 2002, *NJ* 2003, 379, met nt. F.C.B. van Wijnen. Zie voor een voorbeeld van onvoldoende aanwijzingen Rechtbank 's-Gravenhage 28 juni 1996, *TvGr* 1997, nr. 14 en Rechtbank Leeuwarden 8 juni 2011, *JA* 2011, 146, met nt. R.P. Wijne.

vermeende beroepsfout.³⁵⁰ In dat geval wordt uitgegaan van *veronderstelde toestemming*.³⁵¹ Een andere grond waarop de arts een beroep op zijn verschoningsrecht ten opzichte van de nabestaanden van de patiënt achterwege kan laten, is gelegen in de aanwezigheid van voldoende concrete aanwijzingen dat een zwaarwegend belang van de nabestaande in kwestie geschaad zou kunnen worden. De nabestaande zal voldoende gemotiveerd uiteen moeten zetten waarom zijn belang zwaar weegt en bovendien moet blijken dat alleen het medisch dossier om opheldering kan verschaffen.³⁵² Een voorbeeld van een zwaarwegend belang is dat van de *waarheidsvinding*.³⁵³ Deze grond is ontwikkeld in het strafprocesrecht,³⁵⁴ maar zij kan evenzeer in het civiele proces worden gebruikt.³⁵⁵

De arts, het ziekenhuis, de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar en de producent dienen zich, net als de patiënt, te laten vertegenwoordigen door een advocaat, wanneer de zaak dient voor de civiele sector van de rechtbank en de vordering van de patiënt meer bedraagt dan € 25.000. Ook deze advocaat speelt een belangrijke rol in het proces en heeft invloed op het welslagen van het verhaal van schade: hoe beter het verweer van de advocaat, hoe moeilijker het mogelijk voor de patiënt is om aan te tonen dat sprake is van een normschen-ding of een gebrekkig product, een causaal verband en schade die voor vergoeding in aanmerking dient te komen.

8.3.2 *De civiele rechter in de bodemprocedure*

8.3.2.1 **De rol van de civiele rechter**

Het is aan de civiele rechter om ‘recht te spreken’ naar aanleiding van de door partijen en hun advocaten aangedragen feiten en bewijsstukken, en over de belangen van beide partijen te waken door zoveel als mogelijk een oordeel te geven dat aansluit bij de werkelijkheid.³⁵⁶

350 Zie bijvoorbeeld Rechtbank Zwolle-Lelystad 20 december 2007, JA 2008, 24. Zie ook Gerechtshof’s-Hertogenbosch 18 september 2000, NJ 2001, 555. Zie anders Rechtbank Leeuwarden 8 juni 2011, JA 2011, 146, met nt. R.P. Wijne.

351 Zie ook H.J.J. Leenen, J.K.M. Gevers en J. Legemaate, Handboek gezondheidsrecht, deel I, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers, vijfde geheel herziene druk 2011, p. 232.

352 HR 20 april 2001, NJ 2001, 600, met nt. W.M. Kleijn en F.C.B. van Wijmen. Zie ook lagere jurisprudentie Rechtbank Leeuwarden 8 juni 2011, JA 2011, 146, met nt. R.P. Wijne.

353 Zie ook KNMG, Richtlijn de dokter en de dood, 2002.

354 HR 6 maart 1987, NJ 1987, 1016; HR 9 mei 2006, LJN AV2386; HR 27 mei 2008, NJ 2008, 407, met nt. J. Legemaate; HR 21 oktober 2008, NJ 2008, 630, met nt. J. Legemaate; HR 26 mei 2009, NJ 2009, 263, met nt. J. Legemaate; HR 5 juli 2011, LJN BP6138 en LJN BP6144.

355 Zie voor civielrechtelijke voorbeelden waarin een zwaarwegend belang om de waarheid te weten werd aangenomen (niet-medisch) HR 20 januari 2006, NJ 2006, 78 en HR 30 januari 2004, NJ 2005, 455, met nt. W.D.H. Asser en (wel medisch) Rechtbank Zwolle-Lelystad 20 december 2007, JA 2008, 24. Zie ook S.V. Mewa, ‘Gaan alle geheimen mee in het graf?’, VR 2009, nr. 7/8, p. 205-212.

356 Zie bijvoorbeeld (niet-medische zaken): HR 30 oktober 2001, NJ 2003, 201; HR 23 september 2003, LJN AG3035 en HR 10 april 2009, NJ 2010, 471, met nt. C.J.M. Klaassen. Zie ook artikel 19, 21 en 22, 25, 88 en

Een en ander volgt uit artikel 112 Gw, artikel 13 Wet algemene bepalingen en artikel 23-27 Rv. Het volgt tevens uit artikel 6 EVRM, dat bepaalt dat bij het vaststellen van zijn burgerlijke rechten en verplichtingen of bij het bepalen van de gegrondheid van een tegen hem ingestelde vervolging een ieder recht heeft op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke termijn, door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht dat bij de wet is ingesteld, oftewel een *'fair trial'*.

Een belangrijk onderdeel van een *fair trial* is het beginsel van *'equality of arms'*, oftewel het beginsel van gelijkheid van wapenen. Dit beginsel, voornamelijk ontwikkeld in strafzaken, is ook van toepassing in civiele zaken,³⁵⁷ en houdt in dat beide partijen gelijke mogelijkheden moeten hebben om hun zaak aan de rechter te presenteren, waaronder ook valt de mogelijkheid om bewijs te leveren.³⁵⁸ Het beginsel gaat om gelijkheid van rechten en houdt niet in dat partijen over gelijke materiële middelen (financieel en persoonlijk) dienen te beschikken.³⁵⁹ Een ander belangrijk onderdeel van een *fair trial* is het *'adversarial principle'*, oftewel het beginsel van hoor en wederhoor, tevens neergelegd in artikel 19 Rv. Partijen moeten op gelijkwaardige basis de gelegenheid hebben om de rechter van een standpunt te overtuigen en op het standpunt van de wederpartij te reageren. Uitgangspunt is dan ook dat de rechter in beginsel slechts beslist op grondslag van gegevens tot kennisneming waarvan en uitlating waarover beide partijen voldoende gelegenheid is gegeven.³⁶⁰ Opgemerkt wordt echter dat de in artikel 6 EVRM vervatte beginselen geen absoluut karakter kennen en dat de omvang kan variëren al naar gelang de bijzonderheden van de procedure in kwestie, aldus het EHRM.³⁶¹

De rol van de rechter in de bodemprocedure eindigt met het uitspreken van zijn oordeel in een vonnis. Mogelijk is ook dat de partijen ter comparitie een schikking bereiken. Deze schikking kan door de rechter ingevolge artikel 88, derde lid, Rv in een proces-verbaal worden opgenomen dat door de patiënt en de hulpverlener of beroepsaansprakelijkheids-

131 Rv. Zie voorts R.W.M. Giard, *Dokteren aan het aansprakelijkheidsrecht* (oratie Rotterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012, p. 32 over het gevaar van 'de eigen waarheid' van partijen op basis waarvan de rechter beslist. Zie eveneens R.W.M. Giard, 'Hoe de juridische werkelijkheid het methodologisch ideaal kan naderen', *Trema* maart 2013, p. 89-96.

357 Zie bijvoorbeeld EHRM 27 oktober 1993, NJ 1994, 534, met nt. H.J. Snijders (Dombo Beheer BV/Nederland).

358 Zie bijvoorbeeld EHRM 22 september 1994, zaaknr. 13616/88, par. 56 (Hentrich/Frankrijk); International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), Appeals Chamber, 1 juni 2001, par. 63-71 (Prosecutor/Kayishema en Ruzindana) en EHRM 27 maart 2012, zaaknr. 20041/10 (Eternit/Frankrijk).

359 Zie bijvoorbeeld EHRM, 22 september 1994, zaaknr. 13616/88, par. 56 (Hentrich/Frankrijk) en International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), Appeals Chamber, 1 juni 2001, par. 63-71 (Prosecutor/Kayishema en Ruzindana).

360 HR 20 december 2002, NJ 2004, 4, met nt. J.B.M. Vranken.

361 Zie onder meer EHRM 27 maart 2012, zaaknr. 20041/10 (Eternit/Frankrijk).

verzekeraar (en/of de producent) kan worden ondertekend. Het proces-verbaal is daarmee een vaststellingsovereenkomst als bedoeld in artikel 7:900 BW.

8.3.2.2 De (waarborgen voor) kwaliteit van de civiele rechter

De juridisch inhoudelijke (product)kwaliteit wordt van oudsher bewaakt door de mogelijkheid om van het vonnis van de rechter hoger beroep in te stellen en van het arrest van het gerechtshof beroep in cassatie in te stellen. Voorts kan ingevolge artikel 36 Rv de rechter die de zaak behandelt, worden gewraakt op grond van feiten of omstandigheden waardoor de rechterlijke onpartijdigheid schade zou kunnen lijden. Dit zijn echter extra procedures en voor de rechtzoekende patiënt en zijn wederpartij is het vooral van belang dat de rechter reeds tijdens de bodemprocedure de kwaliteit biedt, die nodig is om aan de feiten en het bewijs juiste oordelen te verbinden.

In dat kader wordt ten eerste opgemerkt dat de Raad voor de Rechtspraak ter bevordering van met name de proceskwaliteit en de systeemkwaliteit een kwaliteitssysteem heeft ontwikkeld dat de naam 'RechtspraakQ' draagt.³⁶² Het kwaliteitssysteem RechtspraakQ wordt vanaf 2002 gehanteerd en ziet op de kwaliteit van het rechterlijk functioneren en de organisatie van de rechterlijke macht. Het systeem bestaat uit een normatief kader, een aantal meetinstrumenten (inzicht in de geboden kwaliteit) en 'overige elementen'. De kern van RechtspraakQ ziet op het normatief kader en wordt gevormd door de statuten van elk gerecht.

De statuten behelzen een opsomming van aspecten die door de gerechten en de Raad voor de Rechtspraak van belang worden geacht voor de kwaliteit van de rechtspraak. Zij benoemen voor diverse aandachtsgebieden de taken van het gerechtsbestuur en de sectorleiding. De statuten vormen een leidraad voor de kwaliteitsverbetering en zijn aan verandering onderhevig. Steeds worden gemeenschappelijke normen ontwikkeld, bijvoorbeeld voor permanente educatie.³⁶³

Het meetsysteem voor het rechterlijk functioneren bestaat uit een klantwaarderingsonderzoek, visitatie en een *audit*.

³⁶² De Raad voor de Rechtspraak werd in 2002 opgericht. Het is een orgaan van de rechtsprekende macht, maar zij heeft geen rechtsprekende taken. De rechterlijke macht legt bijvoorbeeld verantwoording af over de besteding van financiële middelen. De Raad voor de Rechtspraak op haar beurt rapporteert aan de Minister van Justitie en Veiligheid.

³⁶³ De landelijke norm voor verplichte educatie is met ingang van 1 januari 2009 op 30 uur per rechter gesteld.

Eens per vier jaar houden de gerechten een klantwaarderingsonderzoek. Daarin worden verschillende klantgroepen ondervraagd over alle aspecten van de dienstverlening van een gerecht, zoals de bejegening door de rechter ter zitting en de leesbaarheid en begrijpelijkheid van de beslissing. De klanten betreffen bijvoorbeeld rechtzoekenden en de advocatuur. Inmiddels zijn twee klantwaarderingsonderzoeken gepubliceerd. Het betreft het rapport 'Iets duidelijker a.u.b.' over de periode 2003-2005,³⁶⁴ en 'De zaken meer op orde', een rapport van klantwaarderingsonderzoeken onder tien rechtbanken.³⁶⁵

Eens per vier jaar worden de gerechten bezocht door een visitatiecommissie waarin ook externe personen plaats hebben. De visitatie dient als verantwoording van de rechtspraak aan de maatschappij. De thema's van de visitatie zijn uitgewerkt in het visitatieprotocol 2009.³⁶⁶

Een van de 'overige elementen' van RechtspraakQ betreft de verplichting tot intervisie. Een ander 'overig element' betreft de totstandkoming van een uniforme klachtenregeling. De basis hiervoor is gelegen in artikel 26 Wet op de Rechterlijke Organisatie waarin is bepaald dat over gedragingen van een rechter en/of gerechtsambtenaar kan worden geklaagd en dat het bestuur van een gerecht een regeling vast te stellen voor de behandeling van klachten.³⁶⁷ De klachtenregeling ziet op klachten over het functioneren van rechters, ondersteunend personeel en de werkwijze van het gerecht als geheel.³⁶⁸ Evaluatie van de behandeling van klachten over de periode 2002-2011 heeft tot de beslissing geleid dat elk gerecht een permanente klachtadviescommissie dient in te stellen met een externe voorzitter. Elke klacht over het gedrag van een rechter moet aan deze commissie worden voorgelegd.³⁶⁹

364 Prisma Organisatieontwikkeling RO, 'Iets duidelijker a.u.b., klantwaarderingsonderzoek 2003-2005', Amersfoort, augustus 2008.

365 Prisma Organisatieontwikkeling RO, 'De zaken meer op orde, klantwaarderingsonderzoek onder tien rechtbanken', Amersfoort, april 2006.

366 Zie Raad voor de Rechtspraak, Visitatieprotocol 2009, Den Haag, juni 2009. Zie voorts Raad voor de Rechtspraak, Eindrapport visitatie gerechten 2010, Den Haag, juli 2010. Het rapport is tot stand gekomen onder verantwoordelijkheid van de landelijke Visitatiecommissie Gerechten (hierna: de visitatiecommissie). Het voorzitterschap werd bekleed door prof. dr. F. Leijnse en het vice-voorzitterschap door prof. mr. C.J.J.M. Stalker.

367 Zie voor informatie Raad voor de Rechtspraak, 'Kwaliteit van de Rechtspraak', brochure maart 2008. Zie voorts K.G.F. van der Kraats, 'Klacht een gratis advies, maar we moeten er wel wat mee doen!', *Trema* maart 2013, p. 101-105.

368 Zie voor het Model klachtenregeling de website van de rechterlijke macht <www.rechtspraak.nl>.

369 Zie voor de evaluatie het rapport 'Klagen helpt' dat tot stand is gekomen na evaluatie door een projectgroep onder leiding van P. Duinkerken, voormalig president van de Rechtbank Assen. De aanbevelingen worden vastgelegd in het 'Handboek Klachtbehandeling Rechtspraak'. Zie voor een bespreking van een aantal aanbevelingen en een toelichting K.G.F. van der Kraats, 'Klacht een gratis advies, maar we moeten er wel wat mee doen!', *Trema* maart 2013, p. 101-105. Zie ook 'Klagen over gerechten gemakkelijker', *NJB* (portal) 2012/2349.

Ten tweede wordt opgemerkt dat in meer complexe medische zaken – in navolging van de Rechtbank 's-Gravenhage (in afwijking van de hoofdregel van artikel 15 Rv) – de comparitie na antwoord vaak meervoudig wordt gedaan en door gespecialiseerde rechters wordt geleid.³⁷⁰ Deze rechters meten zich een actieve houding aan teneinde naar waarheid recht te doen en trachten in één dag tot een schikking of een stappenplan te komen. Bovendien kan de rechter ingevolge artikel 194, eerste lid, Rv te zijner voorlichting een medisch deskundige benoemen, die hem van advies dient en waarop hij mede zijn juridisch oordeel kan baseren; een medisch deskundige kan dus eveneens bijdragen aan het leveren van kwaliteit door de rechter.

Ondanks de kwaliteitsborging en het op zich positieve beeld van de rechterlijke macht,³⁷¹ wordt in de literatuur beschreven dat door rechters in medische kwesties op aantoonbare punten betreffende de feitenvergaring en bewijswaardering fouten worden gemaakt. Deze fouten hangen samen met de presentatie van het probleem, waardoor de rechter niet alle feiten kent (*framing*), een onjuiste interpretatie van de context (mede door voor 'achteraf' kennis: *hindsight bias* en *outcome bias*), het niet bijstellen van het oordeel ook al is er nieuwe informatie, het ontbreken van een toets om van eigen fouten te leren en de omstandigheid dat ieder mens – dus ook een rechter – zijn werk routinematig verricht en te maken heeft met beperkte tijd en middelen.³⁷² Ook wordt in de literatuur beschreven dat een medisch deskundige weliswaar kan helpen bij de waarheidsvinding, maar dat het inroepen van zijn hulp niet bijdraagt aan efficiëntie;³⁷³ het inschakelen van een deskundige betekent extra procedurele rondes. Bovendien blijken deskundigen niet altijd een kwalitatief

370 Zie ook J. Wolfhagen en W. Zanger, 'De letselschadekamer: van een lijdelijke naar een leidende rechter', AA (2010) 10, p. 742-746.

371 In 2006 bijvoorbeeld is het kwaliteitssysteem RechtspraakQ beoordeeld en deze beoordeling geeft een positief beeld, zie A. Zuurmond e.a., 'RechtspraakQ beoordeeld, Over het kwaliteitssysteem van de gerechten,' Raad voor de Rechtspraak, Den Haag juli 2006. Ook uit de rapportages van de klantwaarderingsonderzoeken volgt een positief beeld over de kwaliteit van de rechterlijke macht. Voorts vindt de werkwijze van de Rechtbank 's-Gravenhage, de meervoudige comparitie, navolging wegens behaald succes.

372 Zie voor een uitvoerige beschrijving en analyse van de rol van de rechter en de kwaliteit van de rechtspraak R.W.M. Giard, Dokteren aan het aansprakelijkheidsrecht (oratie Rotterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012, p. 1-49; R.W.M. Giard, 'Na de calamiteit: perceptie en primaire psychologische reacties en hun betekenis voor het aansprakelijkheidsrecht', *L&S* 2010, nr. 2, p. 6-12; R.W.M. Giard, 'Dit had niet hoeven gebeuren. De causale verklaring van ongewenste gebeurtenissen en de betekenis van de contrafeitelijke denkfout van het CSQN-verband', *NTBR* 2011/67; R.W.M. Giard, 'Hoe de juridische werkelijkheid het methodologisch ideaal kan naderen', *Trema* maart 2013, p. 89-96 en R.W.M. Giard, 'Juridisch oordelen over medische missers, hoe medische aansprakelijkheid de kwetsbare plekken van civiele rechtspraak blootlegt', AA (2013) 1, p. 65-71. Zie voor voorbeelden waarin het oordeel van de rechter ten onrechte een afwijzing van de vordering inhield de uitspraken die zijn besproken bij de analyse van de proportionele aansprakelijkheid (benadering verloren kans), hoofdstuk 6, par. 6.3.5.

373 R.W.M. Giard, Dokteren aan het aansprakelijkheidsrecht (oratie Rotterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012, p. 80 en zie over de relatie tussen het inschakelen van een (medisch) deskundige en de mate waarin de rechtzoekende de procedure waardeert (niet positief) R.J.J. Eshuis, 'Deskundigen en rechtvaardigheid in de civiele procedure', *Expertise en Recht* 2012, nr. 4, p. 152-157.

goed en bruikbaar rapport te leveren en worden de deskundigen niet altijd de juiste vragen gesteld.³⁷⁴ Tot slot kan – gezien de complexiteit van medische kwesties – de vraag worden gesteld of een gespecialiseerde kamer bij een van de rechtbanken zo langzamerhand niet wenselijk of zelfs noodzakelijk is.³⁷⁵

‘Letselschade is door de toegenomen feitelijke en juridische complexiteit van de zaken weliswaar grotendeels een specialistisch rechtsgebied in de rechtspraak geworden, maar gezien de landelijke omvang van het aantal jaarlijks aangebrachte letselschadezaken betreft het naar verwachting een specialisme dat zich in de opvatting van de Raad voor de Rechtspraak beter leent voor samenwerking binnen de rechterlijke macht door uitwisseling van kennis en ervaring dan voor concentratie van rechtspraak’, zo was nog het idee in 2005.³⁷⁶ Uit onderzoek in 2010 en 2012 naar de vraag of specialisatie van rechters loont is echter gebleken, dat rechtzoekenden groot belang hechten aan de specialistische kennis van de rechter.³⁷⁷

8.3.3 De medisch deskundige in de bodemprocedure

8.3.3.1 De rol van de gerechtelijk medisch deskundige

Hoewel in kwesties aangaande de aansprakelijkheid van de hulpverlener buiten rechte veelal het nodige deskundigenbewijs zal zijn vergaard, is het mogelijk dat bij aanvang van de procedure een medisch deskundigenbericht ontbreekt of dat de rechter zich met het deskundigenbericht dat buiten rechte is opgesteld, onvoldoende geïnformeerd acht.³⁷⁸ De rechter kan in dat geval in de bodemprocedure (alsnog) een medisch deskundige inschakelen om de rechter voorlichting te verschaffen op medisch terrein.³⁷⁹ De bevoegdheid van

374 R.W.M. Giard, *Dokteren aan het aansprakelijkheidsrecht* (oratie Rotterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2012, p. 72. Zie over de problematiek van de vraagstelling ook par. 8.2.7.1 en over de kwaliteit van de gerechtelijk deskundige par. 8.3.3.

375 Zie voor deze vraag ook G.M. van Wassenae, ‘Het wetsvoorstel deelgeschilprocedure voor letsel- en overlijdensschade, een reactie vanuit de praktijk’, *VR* 2009, nr. 1, p. 4 en G.M. van Wassenae, ‘De nieuwe deelgeschillenregeling, wat kunnen we er in de slachtofferpraktijk mee?’, *VR* 2010, nr. 6, p. 18. Zie voorts A.J. Akkermans en G. de Groot, ‘De deelgeschilprocedure voor letsel- en overlijdensschade: nieuwe verantwoordelijkheden voor de rechter en voor partijen’, *TVP* 2010, nr. 2, p. 29-36.

376 G. de Groot, ‘Naar een buitengerechtelijk beroep op de rechter in deelgeschillen?’, *TVP* 2005, nr. 4, p. 122-127.

377 A. Böcker e.a., *Specialisatie loont?! Ervaringen van grote ondernemingen met specialistische rechtspraakvoorzieningen*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2010 en T. Havinga e.a., *Specialisatie gewenst? De behoefte aan gespecialiseerde rechtspraak binnen het Nederlandse bedrijfsleven*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2012.

378 Zie bijvoorbeeld Rechtbank Arnhem 12 oktober 2011, *LJN* BT8500. Zie voor een ander voorbeeld Rechtbank Rotterdam 29 februari 2012, *LJN* BV8093.

379 Zie voor enkele van de vele voorbeelden Rechtbank Rotterdam 18 april 2012, *LJN* BW4629 (advies ook al lag er reeds een advies van een partijdeskundige) en Rechtbank Arnhem 18 april 2012, *LJN* BW5046 (nadere

de rechter daartoe is verankerd in artikel 194, eerste lid, Rv. Benoeming van de deskundige kan ook op verzoek van partijen geschieden, aldus artikel 194 Rv, al komt de rechter op dit punt een discretionaire bevoegdheid toe. Hoewel de rechter een afwijzing van het verzoek om een deskundigenadvies moet motiveren,³⁸⁰ is het vaste rechtspraak van de Hoge Raad dat het aan de rechter is die over de feiten oordeelt, om te beoordelen of hij een deskundige inschakelt of niet.³⁸¹ Deze rechtspraak is in overeenstemming met de rechtspraak van het EHRM die inhoudt dat het tot de vrijheid van de nationale rechter behoort om een beslissing te nemen over de vraag of hij een deskundige benoemt en dat de rechter vrij is in de keuze welke deskundige hij benoemt, waarbij hij niet gebonden is aan toestemming van partijen of het verzoek van partijen.

In de zaak *Sara Lind Eggertsdóttir/IJsland* bijvoorbeeld overwoog het EHRM dat er geen reden was te veronderstellen dat artikel 6, eerste lid, EVRM was geschonden door het enkele feit dat de rechter een deskundige had benoemd zonder met partijen te overleggen: ‘As to the first group of arguments, the Court is not convinced by the applicant’s submission that the Supreme Court’s decision to request an expert opinion from the SMLB without the parties’ consent gave rise to any misgivings under Article 6 § 1. The Court sees no reason to call into doubt the correctness of the Supreme Court’s interpretation and application of domestic law to the effect that it was empowered to request an opinion from the SMLB irrespective of the parties’ stance on that question. As explained by the Government, the impugned request had a legal basis in sections

voorlichting ook al lag er reeds een deskundigenbericht). Zie voorts A.J. Van, ‘Vraag het aan de deskundige! Maar hoe?’, *TVP* 2003, nr. 4, p. 105-110; B. Sluijters, ‘De overbrugging van de kloof tussen rechter en deskundige’, ter gelegenheid van het 12^e LSA Symposium; B.P. Dekker en M.H. Hartman, ‘Dan gaat de rechter op de stoel van de dokter zitten’, *L&S* 2006, nr. 4, p. 6-10; R.W.M. Giard en C.J.J.M. Stolker, ‘De arts als deskundige bij medische beroepsfouten’, *NTvG* 2003; 147, p. 819-823 en R.W.M. Giard, ‘De opdracht aan een deskundige: de kracht van het stellen van open vragen’, *Expertise en Recht* 2013, nr. 2, p. 41-48.

380 Zie bijvoorbeeld Rechtbank Alkmaar 26 september 2002, *LJN* AE8549; Rechtbank Arnhem 11 februari 2004, *LJN* AO5406 en Rechtbank Arnhem 2 maart 2005, *LJN* AT2943.

381 Zie onder meer HR 3 februari 1967, *NJ* 1968, 32 met nt. D.J. Veegens; HR 16 april 1982, *NJ* 1982, 560; HR 28 januari 1983, *NJ* 1983, 481; HR 16 april 1999, *NJ* 1999, 597, met nt. P. Clausing; HR 8 juni 2001, *NJ* 2001, 433; HR 14 december 2001, *NJ* 2002, 73; HR 8 oktober 2004, *LJN* AP1083; HR 11 maart 2005, *LJN* AR6199; HR 13 januari 2006, *LJN* AU3256 en HR 11 juli 2008, *NJ* 2008, 401. Zo mag een verzoek van de patiënt tot benoeming van een deskundige worden gepasseerd om reden dat het bericht onvoldoende zal kunnen bijdragen aan de beslissing van de zaak, zie HR 1 juli 1988, *NJ* 1988, 1035; HR 13 juli 2007, *LJN* BA4200; Gerechtshof Arnhem 13 januari 2004, *LJN* AP0214 en Gerechtshof Arnhem 19 augustus 2008, *LJN* BE9077. Het betreft dus een prognoseoordeel dat bijvoorbeeld in het kader van het verzoek om getuigen te doen horen niet is toegestaan, zie onder meer HR 10 december 1999, *NJ* 2000, 637; HR 9 juni 2000, *LJN* AA6156; HR 9 juli 2004, *NJ* 2005, 270, met nt. W.D.H. Asser. Zie anders t.a.v. getuigenverhoor Rechtbank ’s-Hertogenbosch 21 maart 2007, *LJN* BA1886. Zie voor een voorbeeld tot afwijzing van het verzoek om een deskundigenbericht in het kader van het leveren van tegenbewijs Gerechtshof Arnhem 2 september 2012, *LJN* BX8853.

2 and 3 of the SMLB Act and this was an exception to the general rule of Icelandic law on civil procedure that the parties to a civil case had the right to determine the subject matter of the action. The Court further reiterates that the Convention does not lay down rules on evidence as such. In the Court's view, a decision to appoint an expert, be it with or without the parties' consent, is a matter that normally falls within the national court's discretion under Article 6 § 1 in assessing the admissibility and relevance of evidence, which has been recognised by the Court in its case-law (see *Eskelinen and Others v. Finland*, no. 43803/98, § 31, 8 August 2006; and *Schenk v. Switzerland*, judgment of 12 July 1988, Series A no. 140, p. 29, § 46).³⁸²

Het EHRM beoordeelt (slechts) of er – alle omstandigheden in aanmerking genomen en dus ook de manier waarop met de bewijsvoering is omgegaan – sprake is van een *fair trial*, als bedoeld in artikel 6 EVRM.³⁸³ Het mag echter niet zo zijn dat de weigering om een deskundige te benoemen met zich brengt dat de patiënt in een (veel) nadeliger bewijspositie komt te verkeren dan de hulpverlener.

Een voorbeeld waarbij dit met zoveel woorden door het EHRM werd overwogen betreft de zaak Cruz de Carvalho/Portugal: '7. La Cour rappelle que la notion de "procès équitable", garantie par l'article 6 § 1 de la Convention, intègre le respect de l'égalité des armes. En matière civile, ce principe implique notamment l'obligation d'offrir à chaque partie une possibilité raisonnable de présenter sa cause – y compris ses preuves – dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire.'³⁸⁴

Benoeming van de medisch deskundige in de bodemprocedure gebeurt in een tussenvonnis van de rechter. De rechter bepaalt wie als deskundige wordt benoemd, hoewel hij, voordat hij tot benoeming overgaat, het beginsel van hoor en wederhoor moet toepassen en dus moet overleggen met partijen.³⁸⁵ Partijen mogen een voorstel voor een bepaalde persoon doen.³⁸⁶ Tegen de benoeming van de medisch deskundige staat geen hogere voorziening

382 EHRM 5 juli 2007, *EHRC* 2007, 115, met nt. M.F.J.M. de Werd en *NJ* 2010, 323, met nt. E.A. Alkema (Sara Lind Eggertsdóttir/IJsland).

383 EHRM 5 juli 2007, *EHRC* 2007, 115, met nt. M.F.J.M. de Werd en *NJ* 2010, 323, met nt. E.A. Alkema (Sara Lind Eggertsdóttir/IJsland) en EHRM 18 maart 1997, *NJ* 1998, 278, met nt. H.J. Snijders (Mantovanelli/Frankrijk). Zie ook EHRM 27 oktober 1993, *NJ* 1994, 534, met nt. H.J. Snijders (Dombo Beheer BV/Nederland).

384 EHRM 10 juli 2007, zaaknr. 18223/04 (Cruz de Carvalho/Portugal). Zie ook EHRM 27 oktober 1993, *NJ* 1994, 534, met nt. H.J. Snijders.

385 Zie HR 5 januari 2001, *NJ* 2001, 77. Zie echter voor voorbeelden van een benoeming zonder overleg Rechtbank Haarlem 20 oktober 2003, *LJN* AN8307 en Rechtbank Arnhem 11 oktober 2006, *LJN* AZ4024.

386 HR 31 mei 1991, *NJ* 1991, 524 en Gerechtshof Amsterdam 14 november 1991, *NJ* 1992, 328.

open, zo volgt uit artikel 194, tweede lid, Rv, ook niet als er uiteindelijk een andere deskundige wordt benoemd dan door partijen was voorgesteld.³⁸⁷ De keuze kan niet in cassatie worden getoetst.³⁸⁸ In het vonnis wordt tevens bepaald waarover het oordeel van de deskundige wordt gevraagd, aldus artikel 194, tweede lid, Rv. De rechter bepaalt de vragen – doorgaans na bericht van partijen daarover – en het staat de rechter vrij in een later tussenvonnis de vragen opnieuw te formuleren.³⁸⁹ De rechter bepaalt tot slot waar en wanneer de medisch deskundige tot zijn onderzoek overgaat, zo volgt uit artikel 197, eerste lid, Rv. Daarbij wordt tevens de termijn bepaald waarbinnen de deskundige zijn schriftelijke bericht ter griffie moet inleveren (of de terechtzitting waarop hij mondeling verslag moet uitbrengen), aldus artikel 197, tweede lid, Rv.

Aanvaardt de medisch deskundige zijn benoeming, dan is deze verplicht de opdracht te volbrengen, zo volgt uit artikel 198, eerste lid, Rv.³⁹⁰ Opgemerkt wordt dat met het aanvaarden van zijn benoeming zich de vraag aandient naar de rechtsverhouding tussen de deskundige aan de ene kant en de procespartijen en de rechter aan de andere kant. In de (summiere) literatuur wordt er vanuit gegaan dat tussen de deskundige die door de rechter wordt benoemd en de procespartijen geen overeenkomst tot stand komt wegens het ontbreken van verbintenissen die de deskundige en de procespartijen jegens elkaar aangaan. Tussen de deskundige en de rechter – meer specifiek de Staat – daarentegen komt een overeenkomst van opdracht als bedoeld in Boek 7, titel 7, afdeling 1, BW tot stand; de deskundige wordt namens de Staat als opdrachtgever door de rechter benoemd en de deskundige is opdrachtnemer.³⁹¹ Dit betekent dat de verplichtingen van de deskundige worden ingevuld aan de hand van Boek 7, titel 7, afdeling 1, BW. De verplichtingen worden tevens ingevuld door de procedurele regels, neergelegd in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv). Verplichtingen van de gerechtelijk deskundige zijn voorts vastgelegd in de ‘Leidraad deskundigen in civiele zaken’ (de Leidraad).³⁹² Daarnaast hanteren de gerechten een ‘Gedragscode voor gerechtelijk deskundigen in civielrechtelijke en bestuursrechtelijke zaken’ (de Gedragscode), die evenzeer invulling geeft aan de verplich-

387 HR 5 januari 2001, *NJ* 2001, 77.

388 HR 14 mei 1993, *NJ* 1994, 448, met nt. E.A.A. Luijten.

389 HR 7 januari 1994, *NJ* 1994, 320. Zie voor een voorbeeld Rechtbank Alkmaar 18 april 2012, *JA* 2012, 121, met nt. R.W.M. Giard.

390 De enkele benoeming van de deskundige bindt de deskundige niet. De deskundige is pas tot handelen verplicht wanneer hij zijn benoeming aanneemt, zie C.J.M. Klaassen, ‘De rechter als contractant? De rechtsverhouding tussen de deskundige, de rechter en de procespartijen bezien vanuit het materiële recht’, *TCR* 2002, nr. 4, p. 93-102.

391 C.J.M. Klaassen, ‘De rechter als contractant? De rechtsverhouding tussen de deskundige, de rechter en de procespartijen bezien vanuit het materiële recht’, *TCR* 2002, nr. 4, p. 93-102.

392 De tekst is te downloaden via de website van de rechterlijke macht <www.rechtspraak.nl>.

tingen van de deskundige.³⁹³ Tot slot worden de verplichtingen van de gerechtelijk medisch deskundige via de schakelbepaling van artikel 7:464 BW ingevuld door Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW, voor zover de aard van de rechtsbetrekking zich daartegen niet verzet. De gerechtelijk medisch deskundige verricht immers handelingen ter beoordeling van de gezondheidstoestand of medische begeleiding van een persoon, verricht in opdracht van een ander dan die persoon.³⁹⁴

De deskundige die niet aan zijn verplichtingen voldoet, kan daarvoor aansprakelijk zijn.³⁹⁵ Over het algemeen echter heeft een deskundigenbericht dat niet aan de eisen voldoet, invloed op de bewijswaarde en wordt de ondeskundigheid op die manier aan de orde gesteld; partijen zijn bevoegd tegen het rapport zwaarwegende of klemmende bezwaren en steekhoudende argumenten in te brengen teneinde de rechter ervan te overtuigen dat het rapport niet gevolgd moet worden.

Tot de werkzaamheden van de medisch deskundige behoort primair het instellen van een onderzoek, zo volgt uit artikel 198, tweede lid, Rv. De medisch deskundige zal dit onderzoek doorgaans zelfstandig doen.³⁹⁶ De deskundige moet daarbij uitgaan van de vaststaande feiten, welke hij kan destilleren uit de hem toegezonden processtukken en voorts uit de van partijen ontvangen (schriftelijke) inlichtingen, zo volgt uit de Leidraad, punten 54-62. Het is van belang dat de deskundige helderheid heeft over wat rechtens vast staat en wat niet. Is dat niet het geval, dan bestaat de kans dat het bericht van de deskundige (later) onbruikbaar is.³⁹⁷ Indien nodig, dient de opdracht aan de deskundige daarom vooraf te worden gegaan door een getuigenverhoor of toedrachtsonderzoek.³⁹⁸ De deskundige heeft in beginsel de keuze welke onderzoeksmethode hij hanteert. In beginsel, want de rechter

393 Versie 3.7, januari 2012, te downloaden via de website van de rechterlijke macht <www.rechtspraak.nl>. De gedragscode is geënt op de gedragscode van het Nederlands Register Gerechtelijk Deskundigen dat een wettelijke basis kent in de Wet van 22 januari 2009 tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering tot verbetering van de regeling van de positie van de deskundige in het strafproces (Wet deskundige in strafzaken), Stb. 2009, 33 en vooralsnog alleen deskundigen in het strafrecht registreert.

394 HR 26 maart 2004, *TvGr* 2004, nr. 33, met nt. J. van der Burg, *JBPr* 2004, 37, met nt. C.J.M. Klaassen en *NJ* 2009, 340, met nt. F.C.B. van Wijmen.

395 Zie bijvoorbeeld CTG 11 mei 2006, zaaknr. 2005/056 en RTG Zwolle 28 januari 2010, *LJN* YG0038. Zie ook RTG Eindhoven 15 juni 2011, *LJN* YG1167 (deskundige betrof adviseur klachtencommissie). Zie hierover ook A.J. Van, 'De tuchtrechtelijke en civielrechtelijke aansprakelijkheid van medisch deskundigen', *TvGr* 2004, nr. 7, p. 505-516.

396 Onderzoek wordt ingevolge artikel 198 Rv hetzij zelfstandig, hetzij onder leiding van de rechter uitgevoerd, zie daarover uitvoeriger G. de Groot, *Het deskundigenadvies in de civiele procedure* (diss. VU Amsterdam), Deventer: Kluwer 2008, p. 286-290.

397 Zie voor de problematiek dat het aan het zicht van de rechter is onttrokken of de deskundige daadwerkelijk uitgaat van de feiten met alle gevolgen van dien G. de Groot, *Het deskundigenadvies in de civiele procedure* (diss. VU Amsterdam), Deventer: Kluwer 2008, p. 289 e.v.

398 HR 10 april 1991, *NJ* 1991, 832, met nt. R.A. van Morzer Bruyns.

kan een bepaalde onderzoeksmethode verlangen, waaraan de deskundige gehoor moet geven.³⁹⁹ Onderzoek door de medisch deskundige kan het lichamelijk onderzoek van de patiënt zelf inhouden. De patiënt zal hieraan ingevolge artikel 198, derde lid, Rv medewerking moeten verlenen. Werkt de patiënt niet mee, dan kan de rechter daaruit de gevolgtrekking maken, die hij geraden acht. Wel behoort het onderzoek te worden beperkt door de grenzen van de opdracht van de rechter. Dit kan betekenen dat de deskundige niet zonder overleg een andere deskundige kan inschakelen om de patiënt te onderzoeken.⁴⁰⁰ Voorts wordt opgemerkt dat van de zijde van de (aangesproken) hulpverlener, de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar en/of de producent geen recht bestaat om bij het onderzoek van de patiënt aanwezig te zijn, mits de naleving van het beginsel van hoor en wederhoor na het deskundigenbericht is gewaarborgd.⁴⁰¹

Een belangrijk onderdeel van het deskundigenonderzoek betreft het beginsel van hoor- en wederhoor. Het is onderdeel van een *fair trial* en werkt door in de relatie tussen de deskundige en partijen.⁴⁰² De deskundige hoeft niet uit eigen beweging het beginsel van hoor- en wederhoor toe te passen. Het is de rechter die hierover moet waken.⁴⁰³ Aan het beginsel van hoor- en wederhoor kan bijvoorbeeld uiting worden gegeven door (wederzijdse) kennisname van stukken waarop de deskundige acht heeft geslagen. Ook kan het betekenen dat niet alleen de patiënt wordt gehoord, maar tevens de hulpverlener.⁴⁰⁴ Voorts wordt hieraan uiting gegeven doordat de deskundige ingevolge artikel 198, tweede lid, Rv verplicht is partijen in de gelegenheid te stellen opmerkingen te maken en verzoeken te doen.⁴⁰⁵ Uit punt 28 van de Leidraad en artikel 4.12 van de Gedragscode volgt de eis dat

399 HR 27 april 2007, *LJN* AZ4567, rov. 4.3.1. Zie ook de artikelen 4.3 en 4.4 van de Gedragscode.

400 Zie bijvoorbeeld Gerechtshof Arnhem 2 oktober 2007, *LJN* BB5285. Zie hierover ook C.J.M. Klaassen, 'De rechter als contractant? De rechtsverhouding tussen de deskundige, de rechter en de procespartijen bezien vanuit het materiële recht', *TCR* 2002, nr. 4, p. 93-102.

401 HR 12 februari 1993, *NJ* 1993, 234. Zie hierover ook G. de Goot, 'Informatievergaring en deskundigenonderzoek', *TCR* 2007, nr. 2, p. 36-44.

402 Zie bijvoorbeeld EHRM 18 maart 1997, *NJ* 1998, 278, met nt. H.J. Snijders (Mantovanelli/Frankrijk). Zie hierover ook G. de Goot, 'Informatievergaring en deskundigenonderzoek', *TCR* 2007, nr. 2, p. 36-44.

403 EHRM 18 maart 1997, *NJ* 1998, 278, met nt. H.J. Snijders (Mantovanelli/Frankrijk); HR 12 februari 1993, *NJ* 1993, 234 en HR 11 december 1992, *NJ* 1993, 175. Zie ook G. de Goot, 'Informatievergaring en deskundigenonderzoek', *TCR* 2007, nr. 2, p. 36-44.

404 Wordt de patiënt niet gehoord dan zal de arts ook niet worden gehoord. Zie voor een voorbeeld waarin de rechter het horen van de arts niet nodig achtte (doch om kennelijk een andere reden, de rechtbank ging niet in op het vereiste van hoor- en wederhoor) Rechtbank 's-Hertogenbosch 1 mei 2012, zaaknr. 38647/EX RK 11-207 (niet gepubliceerd). Zie horen beide partijen HR 12 februari 1993, *NJ* 1993, 234.

405 Zie nader over het maken van opmerkingen en het doen van verzoeken G. de Goot, 'Informatievergaring en deskundigenonderzoek', *TCR* 2007, nr. 2, p. 36-44. Zie voorts Rechtbank Zwolle 22 augustus 2012, *LJN* BY1777: volgens de rechtbank stond het feit dat de deskundige zich wegens het overlijden van de aansprakelijk gestelde arts niet mondeling met de arts had kunnen verstaan niet in de weg aan aanvaarding van het rapport. Wel was het reden om op grond van artikel 194, vijfde lid, Rv een mondeling verhoor van de deskundige te gelasten.

de deskundige in de ‘conceptfase’ van zijn rapport ingaat op opmerkingen en verzoeken van partijen.⁴⁰⁶ De eis in de conceptfase in te gaan op opmerkingen en verzoeken van partijen is tevens bedoeld om zoveel mogelijk uit te sluiten dat de deskundige ongemotiveerd vasthoudt aan zijn eigen standpunt, in de literatuur en rechtspraak ‘*belief perseverance*’ genoemd.⁴⁰⁷

In de praktijk zal de deskundige een conceptrapportage aan partijen toezenden met het verzoek daarop te reageren. Partijen mogen vervolgens een opmerking maken of een nadere vraag stellen (een verzoek doen). De deskundige hoeft echter niet op alle opmerkingen en verzoeken in te gaan; zij moeten vallen binnen het door de rechter aangegeven kader van de opdracht. De vraagstelling is daarvoor leidend en het is dan ook niet de bedoeling om met de opmerkingen en verzoeken de vraagstelling uit te breiden, dit kan alleen via de rechter.⁴⁰⁸ Evenmin hoeft de deskundige aan partijen de gelegenheid te geven om op elkaars opmerkingen en verzoeken te reageren, zulks teneinde te voorkomen dat het geschil ten overstaan van de deskundige wordt uitgevochten, aldus punt 34 van de Leidraad.

Tegelijk met de mogelijkheid tot het maken van opmerkingen mag door partijen aan de medisch deskundige een correctieverzoek met betrekking tot de feiten worden gedaan. Dit volgt niet uit een wettelijk voorschrift, maar volgt uit de normen van de medische beroepsgroep zelf.⁴⁰⁹ Als een partij schriftelijke opmerkingen of verzoeken aan de deskundigen doet toekomen, verstrekt zij daarvan terstond afschrift aan de wederpartij, aldus artikel 198, tweede lid, Rv. Ingevolge punt 38 van de Leidraad behoort ook de partij die correctie van een feit verzoekt, een kopie van het verzoek tot correctie aan de wederpartij te zenden. Is een en ander niet in het verzoek vermeld, dan behoort de deskundige het correctieverzoek niet te honoreren.

De deskundige mag in de conceptfase ook de mening van een andere deskundige worden voorgehouden. Of hij daarop moet ingaan is de vraag. De Hoge Raad heeft vooralsnog

406 Dus niet in elke fase, zo volgt uit HR 20 september 1996, NJ 1997, 328, met nt. G.R. Rutgers (Halcion II). Zie hierover ook G. de Goot, ‘Informatievergaring en deskundigenonderzoek’, TCR 2007, nr. 2, p. 36-44.

407 G. de Groot, Het deskundigenadvies in de civiele procedure (diss. VU Amsterdam), Deventer: Kluwer 2008, p. 339 en 340. Zie voor jurisprudentie Rechtbank Haarlem 8 juli 2010, zaaknr. 468305/EJ VERZ 10-70 (niet gepubliceerd).

408 G. de Groot, Het deskundigenadvies in de civiele procedure (diss. VU Amsterdam), Deventer: Kluwer 2008, p. 341.

409 Zie bijvoorbeeld de KNMG handleiding voor artsen inzake privacywetgeving en het omgaan met patiëntgegevens en de Richtlijn psychiatrische rapportage.

beslist dat dit niet hoeft, al zal uit het definitieve deskundigenbericht wel moeten blijken dat de deskundige van het andere deskundigenbericht kennis heeft genomen. Het aanhechten van het andere bericht wordt daartoe voldoende geacht.⁴¹⁰ Toch zal ook een gemotiveerde weerlegging van het standpunt van een andere deskundige bijdragen aan het wegnemen van het eerder genoemde '*belief perseverance*' en het deskundigenbericht dus waardevoller maken.⁴¹¹

Een punt van aandacht daarbij is of de andere deskundige de medische informatie van de patiënt mag inzien zonder de toestemming van deze laatste, hetgeen in strijd zou komen met de Wbp en artikel 8 EVRM. Vooralsnog is geoordeeld dat ondanks strijd met de regels van de Wbp de hulpverlener en/of de verzekeraar zich op het rapport mag beroepen, zulks in het belang van zijn verdediging.⁴¹² De Rechtbank Amsterdam heeft zich op dit punt als volgt uitgelaten: 'Tussen partijen is niet in geschil dat het rapport van [de tweede deskundige] zonder medeweten en toestemming van [de patiënt] tot stand is gekomen op verzoek van [het ziekenhuis]. Op zichzelf rechtvaardigt dat niet dat [het ziekenhuis] zich in deze civiele procedure niet zou mogen beroepen op het rapport van [de tweede deskundige] ter onderbouwing en staving van haar verweer. Dat kan echter anders zijn ingeval van bijkomende omstandigheden. Ook indien juist zou zijn dat het rapport tot stand is gekomen in strijd met tuchtrechtelijke regels of regels uit de Wet bescherming persoonsgegevens, zoals [de patiënt] stelt, is dat op zichzelf onvoldoende om te oordelen dat sprake is van bijkomende omstandigheden. Zou daarover anders worden geoordeeld, dan zou de mogelijkheid voor [het ziekenhuis] om zich behoorlijk tegen de vordering van [de patiënt] te verweren zonder meer ondergeschikt worden gemaakt aan het belang van [de patiënt] bij handhaving van regels ter bescherming van haar privacy. Aan een dergelijke rangschikking behoort aan de hand van de omstandigheden van het geval een afweging vooraf te gaan van het belang van [de patiënt] bij bescherming van haar privacy en het belang van [het ziekenhuis] om zich behoorlijk tegen de vordering te kunnen verweren. De enkele stelling van [de patiënt] dat wettelijke en tuchtrechtelijke regels ter bescherming van haar privacy zijn geschonden, acht de rechtbank in dit licht bezien niet toereikend om te kunnen gelden als bijkomende omstandigheden

410 HR 30 juni 2006, L/JN AX4310.

411 Zie ook G. de Groot, Het deskundigenadvies in de civiele procedure (diss. VU Amsterdam), Deventer: Kluwer 2008, p. 339.

412 Zie nader par. 8.3.4.

die zouden kunnen meebrengen dat [het ziekenhuis] zich in deze procedure niet zou mogen verweren met gebruik van het rapport.⁴¹³

Wordt verzuimd de eis van hoor- en wederhoor na te leven, dan kan dat negatieve gevolgen hebben voor de bruikbaarheid van het deskundigenbericht en kan het bericht zelfs geheel aan bewijskracht inboeten.⁴¹⁴ Doorslaggevend voor de op te leggen sanctie is of aan partijen de gelegenheid is gegeven om zich *tegenover de rechter* uit te laten over het deskundigenbericht, zo blijkt uit de jurisprudentie van het EHRM en de Hoge Raad.⁴¹⁵ Wanneer en of voldoende gelegenheid tot herstel van het verzuim is geboden, hangt af van de omstandigheden van het geval.⁴¹⁶ Het bieden van herstel hoeft niet noodzakelijkerwijs gelegen te zijn in een plicht van de rechter de deskundige nader te horen.⁴¹⁷

Een voorbeeld betreft de zaak Mantovanelli/Frankrijk. In deze zaak was aan de ouders van een overleden patiëntje – zij was overleden als gevolg van een vermeende medische fout – in de procedure voor de Franse rechter geen gelegenheid gegeven om aanwezig te zijn bij het horen van het getuigen door de deskundige, noch hadden zij de mogelijkheid om de stukken in te zien waarop de deskundige zijn oordeel baseerde. Dit was de enige manier om effectief te reageren op het rapport, omdat ook daarna in de procedure werd geweigerd om een nieuwe deskundige te benoemen. Het EHRM achtte deze gang van zaken in strijd met artikel 6 EVRM, te meer omdat het rapport van de deskundige doorslaggevend zou zijn/was voor het oordeel van de rechter over de aansprakelijkheid voor de medische fout.⁴¹⁸

Tot de werkzaamheden van de medisch deskundige behoort voorts het opstellen van een schriftelijk deskundigenrapport. Het definitieve bericht van de deskundige is met redenen omkleed zonder dat het persoonlijke gevoel van de deskundige behoeft te blijken, zo

413 Rechtbank Amsterdam 9 februari 2011, *LJN* BP4341. Zie eerder Rechtbank Utrecht 8 december 1998, *TvGr* 1999, nr. 32; Rechtbank Arnhem 12 december 2007, *LJN* BC0644 en Rechtbank Rotterdam 4 maart 2009, *LJN* BI6309.

414 Zie bijvoorbeeld reden om nieuw deskundigenbericht te gelasten Gerechtshof Amsterdam 5 juli 2011, *LJN* BR3365.

415 EHRM 18 maart 1997, *NJ* 1998, 278, met nt. H.J. Snijders (Mantovanelli/Frankrijk) en HR 15 juni 2001, *NJ* 2001, 435 en HR 25 november 2005, *LJN* AT9053.

416 Zie voor een voorbeeld waarin herstel voldoende werd geacht Rechtbank 's-Gravenhage 25 april 2012, *JA* 2012, 123.

417 HR 25 november 2005, *LJN* AT9053. Zie voor een voorbeeld waarin dit wel gebeurde teneinde eerdere omissies van de deskundige te herstellen Rechtbank 's-Gravenhage 25 april 2012, *JA* 2012, 123. Zie ook Rechtbank Zwolle 22 augustus 2012, *LJN* BY1777 over de onmogelijkheid om het mondeling verstaan met de hulpverlener te repareren.

418 EHRM 18 maart 1997, *NJ* 1998, 278, met nt. H.J. Snijders (Mantovanelli/Frankrijk).

volgt uit artikel 198, vierde lid, Rv. Met andere woorden, het deskundigenbericht dient inzichtelijk, consistent, volledig,⁴¹⁹ begrijpelijk en logisch te zijn.⁴²⁰ Dit volgt ook uit artikel 5.2 van de Gedragscode (eis van controleerbaarheid). Uit artikel 198, vierde lid, Rv volgt voorts dat de deskundige van zijn afwijkende mening kan doen blijken. In het geval van een medisch oordeel waarover meerdere opvattingen mogelijk zijn, is het mijns inziens *noodzakelijk* dat ook de ‘andere stroming’ bekend wordt gemaakt en ook welke opvatting de medisch deskundige aanhangt, opdat wordt vermeden dat de rechter een tekortkoming vaststelt die in werkelijkheid een andere visie behelst. Het is niet zonder meer noodzakelijk om (essentiële) wetenschappelijke stellingen die de deskundige aan zijn oordeel ten grondslag legt, te staven door middel van literatuurverwijzingen, doch onder omstandigheden kan dit wel geboden zijn.⁴²¹

Voor zover een en ander niet reeds uit artikel 198, vierde lid, Rv voortvloeit, zij wat de inhoudelijke eisen van het medisch deskundigenbericht ook gewezen op de rechtspraak van de tuchtrechter. Bepaald is dat het advies van een medisch deskundige vanuit het oogpunt van vakkundigheid en zorgvuldigheid aan de volgende eisen moet voldoen: a) het advies zet op inzichtelijke en consistente wijze uiteen op welke gronden de conclusie van het advies steunt; b) de in het advies uiteengezette gronden vinden aantoonbaar voldoende steun in de feiten, omstandigheden en bevindingen van het advies; c) de gronden kunnen de daaruit getrokken conclusie rechtvaardigen; d) de rapportage beperkt zich tot de deskundigheid van de rapporteur en e) de methode van onderzoek teneinde tot beantwoording van de voorgelegde vraagstelling te komen moet tot het beoogde doel kunnen leiden.⁴²² De inhoudelijke kwaliteitseisen waaraan een medisch deskundigenbericht dient te voldoen, zijn voorts te vinden in de Richtlijn Medisch Specialistische rapportage, opgesteld door Werkgroep Medisch Specialistische Rapportage (WMSR), in samenwerking met de KNMG.⁴²³ De meeste beroepsverenigingen hebben daarnaast eigen richtlijnen opgesteld voor expertises op hun vakgebied.⁴²⁴

419 Zie ook de mening van G. de Groot, Het deskundigenadvies in de civiele procedure (diss. VU Amsterdam), Deventer: Kluwer 2008, p. 402.

420 Zie voor een voorbeeld waarin dit níet het geval was Rechtbank Alkmaar 18 april 2012, JA 2012, 121, met nt. R.W.M. Giard. Zie voor een voorbeeld waar dit wel het geval was Rechtbank Amsterdam 9 januari 2013, LJN BZ5540.

421 HR 20 september 1996, NJ 1997, 328, met nt. G.R. Rutgers (Halcion II).

422 Bijvoorbeeld CTG 4 september 2007, zaaknr. 2006/147; CTG 7 april 2009, zaaknr. 2008/123; CTG 12 mei 2009, zaaknr. 2008/157; CTG 1 september 2009, zaaknr. 2008/015 en CTG 12 januari 2010, zaaknr. 2008/266.

423 Richtlijn van 31 januari 2008, KNMG, zie haar website: <www.knmg.artsennet.nl>.

424 Zie bijvoorbeeld de richtlijn van de neurologen betreffende duiding van functieverlies in te zien op de website <www.neurologie.nl>, en de Richtlijn psychiatrische rapportage, in te zien op de website <www.nvvp.net>.

Ook het EHRM heeft zich over aan een deskundigenrapport te stellen eisen uitgelaten. Vereist is dat de rechter onderzoek doet naar de professionele competentie van de deskundige, de deskundige moet over ruime ervaring en kennis beschikken, het rapport moet grondig en wetenschappelijk onderbouwd zijn, het rapport moet een gemotiveerde conclusie bevatten over eventuele tegenstrijdige uitkomsten van eerdere rapporten en in het rapport moet antwoord worden gegeven op gestelde vragen.⁴²⁵

Teneinde de deskundige behulpzaam te zijn bij de inrichting van zijn bericht heeft de rechterlijke macht een model ontwikkeld: 'Model deskundigenbericht in civiele zaken'.⁴²⁶ Het model leidt de deskundige door het onderzoek en dwingt hem tot het in acht nemen van de procedurele vereisten, zoals het beginsel van hoor- en wederhoor.

Wordt de rechter met het deskundigenadvies niet voldoende voorgelicht, dan staat het hem vrij een nieuwe deskundige te benoemen.⁴²⁷ Hij beslist dit naar eigen inzicht. Door-slaggevend zal zijn of de rechter in staat is met het deskundigenadvies in de hand zijn eigen oordeel omtrent het geschil te motiveren.⁴²⁸ Het oordeel van de deskundige dat is verwoord in een procedureel en inhoudelijk juist tot stand gekomen deskundigenbericht wordt in de meeste gevallen door de rechter gevolgd.⁴²⁹ De rechter zal het oordeel slechts naast zich neerleggen, indien er zwaarwegende of klemmende bezwaren en steekhoudende argumenten tegenin worden gebracht door één of beide partijen.⁴³⁰

Als steekhoudend werd bijvoorbeeld aangemerkt het argument dat de deskundige zijn conclusie te sterk leunde op anamnestiche gegevens, verstrekt door de patiënt en dat de deskundige geen middelen had gebruikt om de (in dit geval psychiatrische) klachten van de patiënt te objectiveren.⁴³¹

425 EHRM 7 juni 2011, zaaknr. 11385/05 (Baldovin/Roemenië).

426 De tekst is te downloaden via <www.rechtspraak.nl>.

427 Zie voor een voorbeeld Rechtbank Arnhem 12 oktober 2011, *LJN* BT8500.

428 HR 8 september 2006, *NJ* 2006, 493.

429 Zie voor de bewijswaarde ook hoofdstuk 4, par. 4.2.2.4 en hoofdstuk 6, par. 6.3.3.

430 Zie bijvoorbeeld HR 19 oktober 2007, *LJN* BB5172. Een steekhoudend argument is bijvoorbeeld niet dat het rapport niet voldoet aan het Model deskundigenbericht of enig door de beroepsgroep opgesteld model. Uitgangspunt zijn de wettelijke vereisten, modellen zijn ter ondersteuning, zo oordeelde de Rechtbank Arnhem 10 maart 2010, *LJN* BL8529. Zie voor een voorbeeld ook Rechtbank Haarlem 4 januari 2013, *LJN* BZ0050: het deskundigenbericht was voldoende gemotiveerd dus is niet van zwaarwegende bezwaren gebleken. Zie in die zin eveneens Rechtbank Amsterdam 9 januari 2013, *LJN* BZ5540.

431 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 19 juni 2012, *LJN* BW8927.

Ook kan de rechter besluiten het deskundigenadvies te laten toelichten door de deskundige, welke mogelijkheid is neergelegd in artikel 194, vijfde lid, Rv.⁴³² Dit laatste middel lijkt met name geschikt teneinde om te gaan met (het probleem van) elkaar tegensprekende deskundigen.⁴³³ Partijen kunnen hem dat verzoek eveneens doen, doch de rechter is niet verplicht daarop in te gaan.⁴³⁴

8.3.3.2 De (waarborgen voor) kwaliteit van de gerechtelijk medisch deskundige

Het raadplegen van een medisch deskundige ter voorlichting van de rechter maakt deel uit van de kwaliteit van rechtspleging. De rechter die zelf de specifieke medische kennis ontbeert, zal een medisch deskundige inschakelen te zijner voorlichting en op het deskundigenrapport afgaan. De invloed van de medisch deskundige op het verhaal van schade is daarom ook in de bodemprocedure zeer groot en soms zelfs van cruciaal belang voor de geschillenbeslechting en daarmee voor het verhaal van schade.

De productkwaliteit wordt ten eerste bewaakt doordat ingevolge artikel 198, eerste lid, Rv de deskundige *onpartijdig* moet zijn wil hij de opdracht mogen uitvoeren. In de Gedragscode wordt dit verwoord in artikel 2. Indien de rechter bij de beoordeling van een geschil in belangrijke mate is aangewezen op advisering door een deskundige, dient de onpartijdigheid van die deskundige boven elke twijfel verheven te zijn.⁴³⁵ Om die reden zal een anoniem opgesteld deskundigenbericht terzijde worden geschoven; zijn (on)partijdigheid kan niet worden gecontroleerd.⁴³⁶ Ingevolge punt 45 van de Leidraad moet in de eerste plaats de deskundige zelf onderzoeken of hij een partij kent en of het hem vrij staat de opdracht aan te nemen. Ook de Gedragscode gaat daarvan uit.⁴³⁷ De partijdigheid van de deskundige kan in de tweede plaats door een partij aan de orde worden gesteld. Gebeurt dit voor de benoeming, dan wordt de deskundige ingevolge artikel 194, vierde lid, Rv vervangen.⁴³⁸ Komt de partijdigheid na benoeming aan de orde, dan kan dit consequenties hebben voor de bewijswaarde van het deskundigenbericht.⁴³⁹

432 Zie voor voorbeelden Rechtbank Alkmaar 18 april 2012, JA 2012, 121, met nt. R.W.M. Giard en Rechtbank Zwolle 22 augustus 2012, L/JN BY1777.

433 Zie in die zin ook R. Hoving, 'Wat te doen met elkaar tegensprekende deskundigen?', *NJB* afl. 13/2012, p. 869-872, in welk artikel ook het Engelse recht wordt belicht.

434 HR 16 april 1999, NJ 1999, 666, met nt. P. Clausen en HR 12 november 2004, L/JN AP9636.

435 Gerechtshof Arnhem 12 september 2006, L/JN AY9481; Rechtbank Breda 6 mei 2009, L&S 2009, 183, met nt. J. Roth en Rechtbank Rotterdam 13 januari 2010, L/JN BL4343. Zie om die reden benoeming van een medische deskundige uit België Rechtbank Arnhem 12 oktober 2011, L/JN BT8298.

436 Zie bijvoorbeeld Gerechtshof Arnhem 12 september 2006, L/JN AY9481.

437 Zie de artikelen 3.4-3.6 van de Gedragscode.

438 Zie bijvoorbeeld Rechtbank Breda 6 mei 2009, L&S 2009, 183, met nt. J. Roth. Zie voor vervanging om andere reden: Rechtbank Arnhem 28 april 2010, L/JN BM6348.

439 HR 25 november 2005, L/JN AT9053 (partijdigheid ter discussie gesteld, maar geen invloed op bruikbaarheid rapport) en Rechtbank Alkmaar 17 februari 2010, JA 2010, 55, met nt. G. de Groot (strijd procesorde om na tussenvonnissen benoeming aan de orde te stellen).

Een voorbeeld van partijdigheid betreft een deskundige die samen met de hulpverlener wiens handelen ter discussie stond een publicatie had uitgebracht. Dit vormde voor de Rechtbank Rotterdam aanleiding om een nieuwe deskundige te benoemen.⁴⁴⁰ Een ander voorbeeld van partijdigheid betreft een deskundige die was opgeleid door de arts wiens handelen ter discussie stond en die zijn copromotor was geweest. Er werd door de Rechtbank Arnhem geen waarde aan het deskundigenbericht gehecht.⁴⁴¹

Artikel 6 EVRM bevat geen regels over het deskundigenbewijs – de deskundige maakt geen deel uit van het gerecht – en dus evenmin over de onpartijdigheid van de deskundige.⁴⁴² Wel kan, indien de partijdigheid van de deskundige leidt tot de partijdigheid van de rechter een schending van artikel 6, eerste lid, EVRM aan de orde komen. Met name zal dit het geval zijn, indien de deskundige – wiens partijdigheid zoals blijkt uit de (objectieve) omstandigheden van het geval terecht ter discussie staat – een doorslaggevende rol speelt.⁴⁴³

Het feit dat een deskundige aan een zelfde instituut is verbonden als een deskundige die eerder een leidend oordeel heeft gegeven in een eerdere procedure tussen partijen, hoeft niet met zich te brengen dat artikel 6, eerste lid, EVRM wordt geschonden.⁴⁴⁴ Hetzelfde geldt indien de deskundige banden heeft met een van partijen, zij het dat daar de uitdrukkelijke nuancering op moet worden aangebracht, dat de partijdigheid van de deskundige de partijdigheid van de rechter met zich kan brengen. Dit was bijvoorbeeld het geval in het eerder besproken oordeel van het EHRM in de zaak Sara Lind Eggertsdóttir tegen IJsland.⁴⁴⁵ De nationale rechter had in die zaak bij zijn beslissing doorslaggevend gewicht toegekend aan het oordeel van de deskundigen die behoorden tot de State Medico Legal Board (SMLB) van het ziekenhuis dat de vermoedelijke medische fout had gemaakt. Bovendien hadden de deskundigen eerder in een brief een duidelijk standpunt ingenomen. Onder deze omstandigheden was de positie van de klagers (ouders van patiënt Sara) niet gelijkwaardig aan die van de Staat en dus werd een schending van artikel 6, eerste lid, EVRM aangenomen. Het feit dat er maar weinig mensen in IJsland wonen betekende naar het oordeel

440 Rechtbank Rotterdam 13 januari 2010, *LJN* BL4343. Zie ook Rechtbank Arnhem 28 april 2010, *LJN* BM6348 en Gerechtshof Amsterdam 5 juli 2011, *LJN* BR3365.

441 Rechtbank Arnhem, 6 december 2001, zaaknr. 2001/1988 (niet gepubliceerd).

442 EHRM 18 maart 1997, *NJ* 1998, 278, met nt. H.J. Snijders (Mantovanelli/Frankrijk). Zie ook EHRM 27 oktober 1993, *NJ* 1994, 534, met nt. H.J. Snijders (Dombo Beheer BV/Nederland).

443 Zie EHRM 6 mei 1985, *NJ* 1989, 385, met nt. P. van Dijk (Bönisch/Oostenrijk).

444 EHRM 28 augustus 1991, zaaknrs. 11170/84, 12876/87 en 13468/87 (Brandstetter/Oostenrijk).

445 EHRM 5 juli 2007, EHRC 2007, 115, met nt. M.F.J.M. de Werd en *NJ* 2010, 323, met nt. E.A. Alkema (Sara Lind Eggertsdóttir/IJsland).

van het EHRM niet zonder meer dat er praktische overwegingen waren een deskundige te benoemen die tot hetzelfde ziekenhuis behoort als de arts wiens handelen ter discussie staat. Het betekent niet dat dit nimmer is toegestaan – voor een onaanvaardbare beperking moet worden gewaakt –,⁴⁴⁶ doch een afhankelijkheidsrelatie is ongewenst.⁴⁴⁷

Een ander aspect van kwaliteit dat uit artikel 198, eerste lid, Rv volgt is dat de deskundige zijn opdracht *naar beste weten* moet volbrengen. ‘Naar beste weten’ ziet op de deskundigheid van de deskundige.⁴⁴⁸ Onder het vereiste valt volgens punt 79 van de Leidraad en artikel 4.2 van de Gedragscode de eis dat de deskundige het onderzoek in beginsel *persoonlijk* verricht, al betekent dit niet dat hij geen derden mag inschakelen.⁴⁴⁹ De deskundige heeft in beginsel een bepaalde vrijheid om te bepalen wat het begrip (verder) voor hem inhoudt. Algemeen aanvaard is dat van een medisch deskundige wordt verlangd dat hij het onderzoek met inachtneming van de medisch professionele standaard uitvoert, aldus punten 52 en 53 van de Leidraad. Bovendien zal de deskundige alleen dat onderzoek mogen uitvoeren en die vragen mogen beoordelen die tot zijn vakgebied behoren. Uit punt 1 van de Leidraad volgt dat reeds bij ontvangst van de opdracht de deskundige dit laatste punt moet beoordelen.

Gezien de vereisten is het desalniettemin opmerkelijk dat bij het geven van de opdracht de gerechtelijk medisch deskundige door de rechter niet standaard wordt gevraagd naar zijn opleiding, zijn professionele ervaring, wie zijn werkgever is, hoe vaak hij eerder deskundigenberichten heeft uitgebracht en voor welke opdrachtgevers, wat zijn medisch wetenschappelijke opvattingen zijn, enzovoorts. Een dergelijke ‘*disclosure statement*’ zou eenvoudig als passage in een deskundigenbericht kunnen worden opgenomen, maar is nog geen usance.⁴⁵⁰ Evenzeer is opmerkelijk dat aan de medisch deskundige doorgaans niet de eis wordt gesteld dat hij over een opleiding met betrekking tot het opstellen van

446 EHRM 19 mei 2005, NJ 2006, 14 (Steck-Risch e.a./Liechtenstein).

447 Zie ook G. de Groot, Het deskundigenadvies in de civiele procedure (diss. VU Amsterdam), Deventer: Kluwer 2008, p. 182.

448 Zie uitvoerig op dit punt: G. de Groot, Het deskundigenadvies in de civiele procedure (diss. VU Amsterdam), Deventer: Kluwer 2008, par. 5.6.

449 HR 12 november 1972, NJ 1973, 153. Hij hoeft niet uit eigen waarneming te verklaren: Rechtbank Zutphen 14 september 2011, LJN BS8702. Zie hiervoor ook artikel 2, 4.1, 4.9 en 4.10 van de Gedragscode. Zie voorts C.J.M. Klaassen, ‘De rechter als contractant? De rechtsverhouding tussen de deskundige, de rechter en de procespartijen bezien vanuit het materiële recht’, TCR 2002, nr. 4, p. 93-102, die opmerkt dat de persoonlijke vervulling van de opdracht uit artikel 7:404 BW volgt.

450 J.L. Smeehuijzen, ‘Wie is de deskundige eigenlijk? Pleidooi voor een disclosure statement’, TVP 2003, nr. 4. Zie ook G. de Groot, Het deskundigenadvies in de civiele procedure (diss. VU Amsterdam), Deventer: Kluwer 2008, p. 235. Zie voor een voorbeeld Rechtbank Amsterdam 10 november 2010, LJN BP5627.

een deskundigenbericht beschikt, al is wel duidelijk waaraan het deskundigenbericht moet voldoen.

Een onderwerp dat aan de kwaliteit raakt betreft voorts de vraagstelling aan de gerechtelijke medisch deskundige, hetgeen ook reeds werd opgemerkt bij de bespreking van de kwaliteit van de medisch deskundige die buiten rechte wordt benoemd. Worden aan de medisch deskundige vragen gesteld die niet kunnen leiden tot een beoordeling van het handelen van de vermeend aansprakelijke hulpverlener of die niet kunnen leiden tot een beoordeling van de invloed van dat handelen op de gezondheidssituatie van de patiënt dan schiet het medisch deskundigenbericht zijn doel voorbij.⁴⁵¹ Cruciaal is dan ook dat de medisch deskundige de juiste vragen worden gesteld. Een uniforme vraagstelling of overeenstemming over een aantal basisvragen is er echter niet.

Aangaande de institutionele kwaliteitsborging, de 'systeemkwaliteit', wordt opgemerkt dat zij verankerd is in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, de Leidraad en de Gedragscode. De Gedragscode is het resultaat van het project 'DIX II' (ontwikkeld door de Raad voor de Rechtspraak teneinde de kwaliteit van de deskundige te waarborgen), dat in het voorjaar van 2012 afgerond. Deze gedragscode heeft de Rechtspraak opgesteld voor de deskundige die op verzoek van de rechter rapporteert in een bestuursrechtelijke of een civielrechtelijke zaak. De gedragscode stelt eisen aan de deskundigheid en de persoon van de deskundige. Zo moet deze voldoen aan de vijf kernwaarden: onafhankelijkheid, onpartijdigheid, zorgvuldigheid, vakbekwaamheid en integriteit. Bovendien is de BIG geregistreerde medisch deskundige ingevolge artikel 47 Wet BIG onderworpen aan het tuchtrecht. Opmerkelijk is echter dat er, anders dan in het strafrecht,⁴⁵² in het civiele recht geen register van medisch deskundigen bestaat dat een wettelijke basis kent en in die zin de kwaliteit (opleiding, kennisdeling en dergelijke) van de medisch deskundige niet is gewaarborgd. Wel bestaat er het Landelijk register van gerechtelijk deskundigen met een database van deskundigen, opgesteld door de Stichting Landelijk Register van Gerechtelijke Deskundigen (LRGD).

451 Zie daarover ook R.W.M. Giard, 'Medische expertise bij diagnostische missers', *Expertise en Recht* 2008, nr. 2, p. 56-63; R.W.M. Giard, 'De juridische afhandeling van medische aansprakelijkheid: kwesties inzake volgorde en vraagstelling', *Expertise en Recht* 2010, nr. 2, p. 46-51 en R.W.M. Giard, 'De opdracht aan een deskundige: de kracht van het stellen van open vragen', *Expertise en Recht* 2013, nr. 2, p. 41-48.

452 Voor deskundigen in het strafrecht bestaat het op de Wet deskundigen in Strafzaken gebaseerde Nederlands register gerechtelijk deskundigen (NRGD), zie Wet van 22 januari 2009 tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering tot verbetering van de regeling van de positie van de deskundige in het strafproces (Wet deskundige in strafzaken), Stb. 2009, 33, onder andere toevoeging van artikelen 51i – 51m Sv. Zie voorts het Besluit van 18 juli 2009, houdende instelling van het Nederlands register gerechtelijk deskundigen en kwaliteitseisen aan deskundigen in strafzaken (Besluit register deskundige in strafzaken). Aan het hoofd van het NRGD staat het College gerechtelijk deskundigen.

Het LRGD registreert deskundigen op alle vakgebieden die werkzaam zijn in strafrecht, civiel recht en bestuursrecht. De deskundigen die staan ingeschreven, voldoen aan bepaalde vereisten en hebben daartoe een opleiding gevolgd.⁴⁵³ Raadpleging van het register leerde echter dat er nog maar enkele deskundigen op medisch vakgebied staan ingeschreven. Voorts hebben de Vereniging van Letselschade Advocaten (LSA) en de stichting Personenschade Instituut van Verzekeraars (PIV) het initiatief genomen tot oprichting van de stichting Opleiding en Registratie van Medisch Deskundigen (ORMED). ORMED bestaat inmiddels niet meer, maar is opgegaan in het Nederlands register gerechtelijk deskundigen (NRGD).

De rechterlijke macht houdt zelf ook een deskundigenindex bij (DIX). De index is alleen intern te raadplegen en wordt beheerd door de Beheergroep DIX. In de praktijk wordt de index vooral geraadpleegd door de griffies. Niet alle rechters zijn reeds voldoende bekend met het systeem en de index wordt door rechters dan ook nog niet frequent geraadpleegd.⁴⁵⁴

8.3.4 *De omgang met medische informatie in de bodemprocedure*

Reeds in het kader van de beschrijving van de omgang met medische informatie in het buitengerechtelijk traject werd gewezen op het belang van medische informatie ter onderbouwing van standpunten ten aanzien van de aansprakelijkheid van de hulpverlener, het causaal verband en de schade. In rechte is dat niet anders en weegt het belang mogelijk nog zwaarder; de rechter spreekt recht naar aanleiding van de door partijen aangedragen feiten en bewijsstukken. Ook in rechte geldt het wettelijk kader van de artikelen 7:454-7:457 BW, van de Wbp en geldt het in artikel 8 EVRM (en artikel 7 Handvest EU) neergelegde recht op bescherming van privéleven.⁴⁵⁵ Voorts is in rechte artikel 6 EVRM (vergelijkbaar met artikel 47 Handvest EU) van toepassing en de daarin vervatte beginselen van *equality of arms* en hoor- en wederhoor. Voorstelbaar is dat deze beginselen in strijd kunnen komen met het recht op privéleven, hetgeen hierna ook zal blijken.

453 Zie de website van de LRGD <www.lrgd.nl>. Zie over initiatieven voor een opleiding en registratie van deskundigen ook J.M. van de Laar, 'Opleiding en registratie van medisch deskundigen, een breed gedragen initiatief', *TVP* 2003, nr. 4, p. 120-121.

454 Informatie mr. J.A. van Ooijen MA, stafjurist civiel/kanton/hoven bij het Landelijk stafbureau civiel, Raad voor de rechtspraak d.d. 20 juli 2012.

455 Rechters moeten het Nederlandse recht interpreteren in de geest van de bepalingen uit het EVRM, zie ook G.E. van Maanen en S.D. Lindenbergh, 'EVRM en privaatrecht: is alles van waarde weerloos?', *Preadviezen* 2011 uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht, Deventer: Kluwer 2011, p. 58-59.

De patiënt ten eerste zal ter onderbouwing van de aansprakelijkheid van de hulpverlener (of producent) stukken uit zijn medisch dossier overleggen die zijn stelling op dat punt ondersteunen. Hetzelfde geldt voor het causaal verband en de schade. Kennisname door de rechter van deze medische stukken, hetgeen op zich een inbreuk maakt op het in artikel 8 EVRM gewaarborgde recht op privéleven, zal zijn gelegitimeerd door de toestemming van de patiënt, hetgeen zich heeft geuit door overlegging van de medische stukken bij dagvaarding. Een inbreuk op het privéleven van de patiënt is ook aanwezig wanneer een medisch deskundige ter voorlichting van de rechter (en partijen) wordt benoemd, ook al heeft de medisch deskundige een geheimhoudingsplicht. Doorgaans zal ook deze inbreuk echter zijn gelegitimeerd door de toestemming van de patiënt tot kennisname van het in het geding gebrachte medisch dossier.

Een probleem kan zich echter voordoen wanneer de deskundige ter uitvoering van zijn onderzoek nadere stukken wenst op te vragen. In het geval van een medische beoordeling komt het in de praktijk bijvoorbeeld voor dat de deskundige röntgenfoto's of een bepaald deel van het medisch dossier wil opvragen bij het ziekenhuis of de patiënt. In het geval het oorzakelijk verband moet worden beoordeeld, dan heeft de deskundige mogelijk behoefte aan meer informatie dan alleen het medisch dossier dat zowel de hulpverlener als de patiënt kent. De patiënt (of de arts bij wie de gegevens liggen) dient aan het verzoek van de deskundige gevolg te geven, aldus artikel 198, derde lid, Rv en is bovendien verplicht een kopie daarvan aan de wederpartij te doen toekomen, zo blijkt uit punt 61 van de Leidraad.⁴⁵⁶ Deze laatste verplichting geldt ook als de patiënt eigener beweging (op grond van artikel 198, tweede lid, Rv) stukken aan de deskundige ter hand stelt.⁴⁵⁷ Deze gang van zaken is een uitvloeisel van het beginsel van hoor en wederhoor, maar betekent ook dat inbreuk wordt gemaakt op het privéleven van de patiënt. Gebeurt een en ander met toestemming van de patiënt, dan wordt de inbreuk gelegitimeerd. Mocht de patiënt echter toestemming weigeren, dan zal de rechter moeten beoordelen of de weigering strijdig is met de medewerkingsplicht van artikel 198, derde lid, Rv.⁴⁵⁸ Dit geldt ook wanneer bijvoorbeeld de hulpverlener of de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar van de patiënt verlangt om nog niet bekende medische stukken aan de deskundige toe te zenden. Zijn de stukken daadwerkelijk noodzakelijk (relevant) voor de beoordeling, dan kan de rechter de patiënt bevelen medewerking te verlenen.⁴⁵⁹ Dit is anders, indien de patiënt zich op een gewichtige reden

456 Zie hierover ook G. de Goot, 'Informatievergaring en deskundigenonderzoek', *TCR* 2007, nr. 2, p. 36-44.

457 Stukken die geen betrekking hebben op de vraagstelling moet de deskundige buiten beschouwing laten, HR 15 juni 2001, *NJ* 2001, 435.

458 Zie hierover ook G. de Goot, 'Informatievergaring en deskundigenonderzoek', *TCR* 2007, nr. 2, p. 36-44.

459 Zie hierover ook G. de Goot, 'Informatievergaring en deskundigenonderzoek', *TCR* 2007, nr. 2, p. 36-44.

kan beroepen, aldus artikel 22 Rv.⁴⁶⁰ De rechter betreft ter beoordeling de reikwijdte van de vraagstelling aan de deskundige en de redenen die de deskundige en partijen noemen om het stuk wel of niet relevant te achten.⁴⁶¹ Zoals hierna zal blijken, kan die gewichtige reden gelegen zijn in het belang het privéleven te beschermen.

De hulpverlener, de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar en/of de producent ten tweede zullen ter onderbouwing van hun standpunt – er is geen aansprakelijkheid, geen causaal verband, geen schade – evenzeer stukken aan de rechter willen overleggen. Op het moment dat zij hiertoe zouden overgaan, zijn zij bezig met het verwerken van persoonsgegevens als bedoeld in de Wbp. Ingevolge artikel 16 Wbp is de verwerking van persoonsgegevens betreffende iemands gezondheid in beginsel verboden. Voorts maken zij inbreuk op het recht op privéleven van de patiënt, als bedoeld in artikel 8 EVRM. Waar buiten rechte het verbod van artikel 16 Wbp kan worden opgeheven, wanneer de patiënt uitdrukkelijk toestemming heeft gegeven, kent artikel 23 Wbp een tweede uitzondering in het kader van een gerechtelijke procedure. Uit artikel 23, eerste lid, aanhef en onder c, Wbp volgt dat het verbod om persoonsgegevens als bedoeld in artikel 16, te verwerken niet van toepassing is voor zover dit *noodzakelijk* is voor de vaststelling, de uitoefening of de verdediging van een recht in rechte. Ook artikel 8 EVRM erkent als legitiem doel het gebruik van persoonlijke informatie ter bewijslevering in een proces⁴⁶² en, net als uit artikel 16 Wbp, blijkt uit jurisprudentie van het EHRM dat die legitimering er alleen is voor zover de persoonlijke informatie *noodzakelijk* is in het kader van die bewijslevering; ook in procedures waarbij de rechter per definitie kennis krijgt van medische informatie teneinde het geschil te kunnen beslechten, geldt dat *‘any unavoidable interference in this connection should be limited as far as possible to that which is rendered strictly necessary by the specific features of the proceedings and by the facts of the cause’*.⁴⁶³

Hoewel deze jurisprudentie niet ziet op een geschil tussen een patiënt en zijn hulpverlener en/of een producent, maar op een echtscheiding, meen ik dat de regel op gelijke wijze van toepassing is. Ook in een geschil ter zake aansprakelijkheid van een hulpverlener voor zorggerelateerde schade immers krijgt de rechter per definitie kennis van medische informatie teneinde het geschil te

460 Zie uitvoeriger G. de Groot, Het deskundigenadvies in de civiele procedure (diss. VU Amsterdam), Deventer: Kluwer 2008, p. 317. Zie ook G. de Goot, ‘Informatievergaring en deskundigenonderzoek’, *TCR* 2007, nr. 2, p. 36-44.

461 Zie ook G. de Goot, ‘Informatievergaring en deskundigenonderzoek’, *TCR* 2007, nr. 2, p. 36-44.

462 EHRM 10 oktober 2007, zaaknr. 7508/02 (L.L./Frankrijk). Zie voor een bespreking ook C.P.J. Wijnakker, ‘Omgaan met medische informatie in overeenstemming met artikel 8 EVRM’, *VR* 2012, nr. 11, p. 398-405.

463 Zie (in een niet-medische zaak, maar echtscheiding) EHRM 10 oktober 2007, zaaknr. 7508/02, par. 45 (L.L./Frankrijk). Zie ook EHRM 29 juni 2006, zaaknr. 11901/02, par. 61 (Panteleyenko/Oekraïne).

kunnen beslechten tussen twee particulieren die in een bepaalde relatie tot elkaar staan.

Uit diezelfde jurisprudentie volgt dat wanneer medische informatie door een wederpartij, zonder toestemming van degene op wie de medische informatie betrekking heeft, in het geding wordt gebracht en door de rechter als bewijs wordt toegelaten en gebruikt in zijn motivering waarmee de informatie openbaar wordt, terwijl de informatie niet dragend is voor het oordeel van de rechter, artikel 8 EVRM wordt geschonden. In dat geval immers was de inbreuk op het recht op privéleven tegen de achtergrond van het belang van bescherming van persoonlijke gegevens niet proportioneel in het licht van het doel van het gebruik en *‘therefore not necessary in a democratic society for the protection of the rights and freedoms of others’*.⁴⁶⁴ Legt kortom de hulpverlener, de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar of de producent medische informatie betreffende de patiënt zonder toestemming van de patiënt aan de rechter voor en maakt de rechter ten onrechte – want niet nodig voor zijn oordeel – in zijn vonnis melding van deze medische informatie, dan is dit in strijd met artikel 8 EVRM.

Een vraag, die in het verlengde van het voorgaande ligt, is hoe om te gaan met een verzoek in rechte van de hulpverlener, de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar of de producent om kennis te kunnen nemen van medische informatie die in het bezit is van de patiënt, maar niet in het bezit van de hulpverlener, de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar of de producent en door de patiënt niet in de procedure is ingebracht. Denkbaar is enerzijds dat hulpverlener, de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar of de producent een beroep doet op schending van het beginsel van *equality of arms* als onderdeel van een *fair trial* als bedoeld in artikel 6 EVRM, nu de patiënt immers over meer informatie beschikt. Een dergelijk beroep zal echter niet slagen: het beginsel is alleen van toepassing op informatie die reeds in het geding is gebracht. Alleen in dat geval vindt artikel 6 EVRM en het daarin vervatte *equality of arms* toepassing.⁴⁶⁵

Denkbaar is anderzijds dat de rechter met het oog op de in artikel 21 Rv en artikel 22 Rv vervatte procedurele regels de patiënt beveelt nog niet bekende medische bescheiden (of een advies van de medisch adviseur) over te leggen in welk geval de hulpverlener, de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar of de producent met een beroep op hoor en

464 EHRM 10 oktober 2007, zaaknr. 7508/02, par. 46 (L.L./Frankrijk).

465 Zie bijvoorbeeld EHRM 27 maart 2012, zaaknr. 20041/10, par. 40 (Eternit/Frankrijk): Le principe de l'égalité des armes requiert que la procédure ait fourni à la requérante une occasion de présenter sa cause dans des conditions ne la plaçant pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire. Zie ook C.P.J. Wijnakker, 'Inzien van medische informatie: niet via het equality of arms-beginsel', *L&S* 2011, nr. 1, p. 41-46 en C.P.J. Wijnakker, 'Omgaan met medische informatie in overeenstemming met artikel 8 EVRM', *VR* 2012, nr. 11, p. 398-405.

wederhoor inzage in de medische stukken kan verkrijgen. De patiënt mag het overleggen van de medische informatie weigeren, indien daarvoor gewichtige redenen zijn. De rechter beslist of de weigering gerechtvaardigd is, bij gebreke waarvan hij daaruit de gevolgtrekking kan maken die hij geraden acht. Dit zou nadelig voor de patiënt kunnen uitpakken, terwijl hij wel een te respecteren (groot) belang heeft bij de bescherming van de openbaring van zijn medische gegevens. Oftewel, onder dergelijke omstandigheden dient zich de vraag aan wat moet worden gerespecteerd: het recht op hoor en wederhoor, gewaarborgd in artikel 6 EVRM, of het recht op privéleven van de patiënt, gewaarborgd in artikel 8 EVRM. Een oplossing in een dergelijke situatie zou de benoeming van een onafhankelijk medisch deskundige kunnen zijn aan wie (door de patiënt) de stukken van het medisch dossier worden overgelegd en wiens rapport dient ter verduidelijking voor de rechter en partijen.⁴⁶⁶ Dat een dergelijke oplossing recht doet aan zowel het in artikel 6 EVRM gewaarborgde beginsel van hoor en wederhoor als het in artikel 8 EVRM gewaarborgde recht op privéleven kan uit de jurisprudentie van het EHRM worden afgeleid.

In een zaak waarin een werkgever medische informatie wenste in te zien die betrekking had op de gezondheidstoestand van de werknemer tegen de achtergrond van de beoordeling of deze werknemer een beroepsziekte had opgelopen (deze informatie lag bij een derde instantie, vergelijkbaar met een verzekeraar van de werkgever of het UWV, die over de aandoening had geoordeeld) overwoog het EHRM dat artikel 6 EVRM met zich brengt dat aan partijen de mogelijkheid wordt geboden om in een proces kennis te nemen van alle stukken die zijn voorgelegd aan de rechter met als doel diens beslissing te beïnvloeden en dat partijen de mogelijkheid moeten hebben om over deze stukken en opmerkingen te debatteren.⁴⁶⁷ Dit recht heeft echter geen absoluut karakter en zijn omvang kan variëren al naar gelang de bijzonderheden van de procedure in kwestie, aldus het EHRM. Zo heeft het EHRM geoordeeld dat de omstandigheid dat een partij geen kennis heeft gekregen van een bepaald stuk te billijken was in een situatie waarin het ontbreken van die mogelijkheid tot kennisname geen enkele invloed had gehad op de uitkomst van het geschil.⁴⁶⁸ Maar ook in situaties waarin informatie wel van invloed is, kan op het beginsel van hoor en wederhoor een uitzondering worden gemaakt, wanneer de bijzondere aard van het geschil dat eist, zo volgt uit de jurisprudentie van het EHRM. Gaat het om

466 EHRM 27 maart 2012, zaaknr. 20041/10 (Eternit/Frankrijk).

467 EHRM 27 maart 2012, zaaknr. 20041/10, par. 33 (Eternit/Frankrijk). Zie ook (onder meer) EHRM 11 januari 2007, zaaknr. 71665/01, par. 50 (Augusto/Frankrijk) en EHRM 26 juli 2002, zaaknr. 32911/96, par. 51 (Meftah e.a./Frankrijk).

468 EHRM 18 februari 2010, zaaknr. 22584/06, par. 31 (Baccichetti/Frankrijk). Zie eerder ook EHRM 15 juni 2004, zaaknr. 1814/02, par. 18 (Stepinska/Frankrijk).

medische informatie dan speelt namelijk artikel 8 EVRM een rol en moet een oplossing worden bereikt die recht doet aan zowel het in artikel 6 EVRM gewaarborgde beginsel van hoor en wederhoor als het in artikel 8 EVRM gewaarborgde recht op privéleven. Dat evenwicht kan volgens het EHRM worden bereikt doordat de persoon die over de informatie wenst te beschikken de beoordelende rechter verzoekt een deskundige te benoemen aan wie de stukken van het medisch dossier worden overgelegd en wiens rapport dient ter verduidelijking voor de rechter en partijen: ‘En d’autres termes, ces deux droits doivent coexister de manière à ce qu’aucun ne soit atteint dans sa substance même. Cet équilibre est réalisé, de l’avis de la Cour, dès lors que l’employeur contestant le caractère professionnel de la maladie peut solliciter du juge la désignation d’un expert médecin indépendant à qui seront remises les pièces composant le dossier médical du salarié et dont le rapport, établi dans le respect du secret médical, aura pour objet d’éclairer la juridiction et les parties.’⁴⁶⁹

De hulpverlener, de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar en/of de producent dienen vervolgens in zo een geval de (effectieve) mogelijkheid te hebben om zich *tegenover de rechter* uit te laten over het deskundigenrapport, voordat dit definitief wordt gemaakt.⁴⁷⁰ Dit recht wordt gewaarborgd in artikel 198, tweede lid, Rv dat bepaalt dat de deskundige bij zijn onderzoek partijen in de gelegenheid moet stellen opmerkingen te maken en verzoeken te doen, overigens nadat de patiënt in de gelegenheid is gesteld gebruik te maken van het recht van eerste inzage en het blokkeringsrecht.

Vóórdat aan partijen naar aanleiding van het conceptrapport gelegenheid wordt gegeven opmerkingen te maken en verzoeken te doen, heeft de patiënt ingevolge artikel 7:464, tweede lid, onder b, BW een recht van eerste inzage- en een blokkeringsrecht. Onder medische keuringen als bedoeld in artikel 7:446, vierde lid, BW vallen immers ook beoordelingen door een medisch deskundige in opdracht van de rechter.⁴⁷¹ Dit brengt met zich dat de patiënt, in het geval van beoordeling van de gezondheidstoestand van de patiënt, als eerste het deskundigenbericht onder ogen dient te krijgen en mag besluiten om het deskundigenbericht te blokkeren. Het inzage- en blokkeringsrecht houdt niet (tevens) in

469 EHRM 27 maart 2012, zaaknr. 20041/10, par. 37 (Eternit/Frankrijk). Zie voor de vertaling tevens VR 2012, 123 en L&S 2012, 181.

470 EHRM 18 maart 1997, NJ 1998, 278, met nt. H.J. Snijders (Mantovanelli/Frankrijk); HR 15 juni 2001, NJ 2001, 435 en HR 25 november 2005, LJN AT9053.

471 Zie hoofdstuk 3, paragraaf 3.3.4. HR 26 maart 2004, TvGr 2004, nr. 33, met nt. J. van der Burg, JBPr 2004, 37, met nt. C.J.M. Klaassen en NJ 2009, 340, met nt. F.C.B. van Wijmen. Zie ook HR 12 augustus 2005, NJ 2009, 341, met nt. F.C.B. van Wijmen.

dat de patiënt zonder dat de wederpartij daarvan op de hoogte is, aan de deskundige het verzoek mag doen om iets in het bericht te wijzigen.⁴⁷² Dit ‘correctieverzoek’ past slechts in de ronde betreffende het maken van opmerkingen en het doen van verzoeken en moet ter kennis worden gebracht van de wederpartij. Dit neemt niet weg dat de patiënt in het geval hij het bericht als eerste onder ogen krijgt, de deskundige mag wijzen op kennelijke verschrijvingen of onjuistheden zoals een verkeerde geboortedatum of iets van dien aard, zie punt 41 en 42 van de Leidraad.

Een beroep op het blokkeringsrecht kan overigens verstrekkende gevolgen hebben voor de patiënt die zich erop beroept. In rechte kan de rechter er de gevolgen aan verbinden die hem geraden voorkomen. Ingevolge artikel 198, derde lid, Rv moeten partijen meewerken en een beroep op het blokkeringsrecht kan worden gezien als onwilligheid. In de praktijk kan dit uitmonden in een afwijzing van de vordering van de patiënt.⁴⁷³

Uit diezelfde jurisprudentie van het EHRM maak ik op dat de effectieve mogelijkheid om zich tegenover de rechter uit te laten over het deskundigenrapport niet met zich brengt dat de hulpverlener, verzekeraar en/of producent alsnog de mogelijkheid krijgen om inzage te hebben in de stukken die de deskundige voor zijn rapport heeft gebruikt. Zij zullen genoeg moeten nemen met de becommentariëring tegenover de rechter van alleen het deskundigenrapport zelf.⁴⁷⁴

In tegenspraak met deze jurisprudentie van het EHRM zijn de ‘patiëntenkaart’-beschikkingen van de Hoge Raad naar aanleiding van twee verzoeken aan de rechter om een voorlopig deskundigenbericht te gelasten en bij welke verzoeken door de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar van de aansprakelijk gestelde persoon – in casu een automobilist – werd verzocht om de volledige ‘patiëntenkaart’ van het slachtoffer aan de deskundige te overhandigen, met als doel om in een procedure zelf inzage te krijgen in die medische informatie. De Hoge Raad oordeelde dat uit artikel 198 Rv en het daaraan ten grondslag liggende contradictoire beginsel als hoofdregel voortvloeit, dat de (medische) gegevens die door de ene partij aan de deskundige worden verschaft, tegelijkertijd in afschrift worden verstrekt aan de wederpartij. Hij oordeelde voorts dat deze hoofdregel uitzondering lijdt als de medische gegevens worden verstrekt door een partij die eventueel gebruik kan maken van het blokkeringsrecht als bedoeld in artikel 7:464 BW; in dat geval dienen de gegevens

472 A.J. Van, *Handboek Personenschade* (losbl.), p. 4210-74-80.

473 Zie voor een afwijzing om die reden bijvoorbeeld Rechtbank Amsterdam 19 juli 2006, *LJN* BA1500 en in hoger beroep Gerechtshof Amsterdam 31 januari 2008, *LJN* BC4394.

474 Zie nog voor vragen aangaande die beperking G. de Groot, ‘Informatievergaring en deskundigenonderzoek’, *TCR* 2007, nr. 2, p. 36-44.

overigens wel te worden verstrekt aan de medisch adviseur van de verzekeraar, aangezien deze medisch adviseur ook ten aanzien van verzekeraar gebonden is aan zijn beroepsgeheim. Indien de partij die een blokkeringsrecht heeft daarvan geen gebruik maakt en het deskundigenbericht ter beschikking van de verzekeraar wordt gesteld, is het slachtoffer desgevraagd of op bevel van de rechter alsnog verplicht alle door zijn aan de deskundige verstrekte medische gegevens aan de verzekeraar te verstrekken. Weigert hij dat, zonder de in artikel 22 Rv genoemde gewichtige redenen te hebben aangevoerd, dan zal de rechter in de hoofdprocedure uit die weigering de gevolgtrekking kunnen maken die hij geraden acht. Een en ander geldt ook voor de procedure in de bodemzaak, aldus de Hoge Raad.⁴⁷⁵ Volgens deze jurisprudentie zou dus in strijd met de jurisprudentie van het EHRM de medische adviseur voor het aan de patiënt toekomende blokkeringsrecht recht hebben op inzage van de medische informatie van de patiënt, terwijl ook met inzage door de medisch adviseur reeds een inbreuk wordt gemaakt op artikel 8 EVRM. Heeft de patiënt het deskundigenrapport niet geblokkeerd, dan moet bovendien *alle* informatie ter inzage aan de hulpverlener, beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar en/of producent worden verstrekt. Ook dit betekent een inbreuk op artikel 8 EVRM die bovendien niet proportioneel is. Om die reden sluit ik mij aan bij ander auteurs die menen dat deze jurisprudentie van de Hoge Raad niet langer kan worden gevolgd.⁴⁷⁶

8.3.5 *De kosten van de bodemprocedure*

Een andere factor die van groot belang is voor de mogelijkheid van de patiënt om zijn recht in rechte te halen betreft de kosten van de bodemprocedure.

Bij een procedure bij de rechtbank sector civiel betaalt zowel de eiser – veelal de patiënt – als de gedaagde – veelal de hulpverlener en/of de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar en/of de producent – een griffierecht.⁴⁷⁷ Dit griffierecht kan oplopen tot € 1.474 al naar gelang de hoogte van de vordering.⁴⁷⁸ Wel kan de patiënt die on- of minvermogend is, aanspraak maken op gesubsidieerde rechtsbijstand en wordt van hem ingevolge artikel 16 Wet griffierechten burgerlijke zaken een minder hoog griffierecht geheven. Wordt het griffierecht niet of niet tijdig betaald, dan wordt de zaak niet in behandeling genomen.

475 HR 22 februari 2008, NJ 2010, 543 (Fortis/Y), met nt. J. Legemaate en C.J.M. Klaassen, rov. 3.5.4. De andere patiëntenkaart-beschikking is van dezelfde datum, gepubliceerd in NJ 2010, 542.

476 Zie ook J. Legemaate in zijn noot bij HR 22 februari 2008, NJ 2010, 543; C.P.J. Wijnakker, 'Omgaan met medische informatie in overeenstemming met artikel 8 EVRM', VR 2012, nr. 11, p. 398-405 en P. van der Nat in zijn noot bij EHRM 27 maart 2012, zaaknr. 20041/10 gepubliceerd in L&S 2012, 182.

477 Voor de tarieven zie <www.rechtspraak.nl>. Zie voor de wettelijke grondslag artikel 3 van de Wet griffierechten burgerlijke zaken, Wet van 30 september 2010, Stb. 2010, 715.

478 Zie voor een overzicht van de griffierechten <www.rechtspraak.nl>.

Partijen betalen voorts kosten voor hun advocaat. Tenzij de patiënt gesubsidieerde rechtsbijstand ontvangt, zijn deze kosten afhankelijk van het uurtarief van de advocaat en kunnen zij al naar gelang de hoeveelheid werk in combinatie met de hoogte van het uurtarief (zeer) hoog oplopen.

Ook geraadpleegde deskundigen hebben aanspraak op schadeloosstelling en op loon, aldus artikel 199, eerste lid, Rv. Dit volgt tevens uit artikel 7:405 BW en artikel 7:461 BW. Ingevolge artikel 195 Rv kan de rechter ambtshalve of op verzoek van een of meer partijen de deskundige vragen zijn kosten te begroten, voordat deze aanvangt met zijn onderzoek. Ter voldoening van die kosten dient in beginsel de eiser – veelal de patiënt – een door de rechter te bepalen voorschot ter griffie te deponeren.⁴⁷⁹ Dit kan anders zijn, indien de rechter in verband met de omstandigheden van het geding anders heeft bepaald,⁴⁸⁰ en de wederpartij, of beide partijen tezamen, heeft aangewezen het voorschot te voldoen. Een afwijking van de hoofdregel kan bijvoorbeeld gelegen zijn in het feit dat aansprakelijkheid is erkend,⁴⁸¹ of dat er een aansprakelijkheidsgrond is aan te wijzen en de kosten in verband staan met de normschending en de kosten bovendien aan de hulpverlener kunnen worden toegerekend.⁴⁸² Ingevolge artikel 196, eerste lid, Rv kan de rechter, zo nodig ambtshalve, een termijn vaststellen voor de voldoening van het voorschot. Deze termijn kan eenmaal of meermalen worden verlengd. Wanneer het voorschot niet binnen de daarvoor gestelde termijn wordt voldaan, kan de rechter daaruit de gevolgtrekking maken die hij geraden acht, aldus artikel 196, tweede lid, Rv. Een mogelijkheid is dat het deskundigenbericht geen doorgang vindt,⁴⁸³ hetgeen tot afwijzing van de vordering van de patiënt kan leiden.⁴⁸⁴ Is aan de patiënt ingevolge de Wrb gesubsidieerde rechtsbijstand verleend of wordt van hem ingevolge artikel 16 van de Wet griffierechten burgerlijke zaken het griffierecht voor onvermogenen geheven, dan wordt hij niet verplicht een voorschot te betalen. Evenmin hoeft een voorschot te worden betaald door de patiënt van wie geen griffierecht is geheven en ten aanzien van wie de griffier heeft verklaard dat, zo van hem wèl griffierecht zou zijn geheven, van hem het griffierecht voor onvermogenen zou zijn geheven, aldus artikel 195, eerste lid, Rv slotzin. Dat neemt niet weg dat de patiënt bij het eindvonnis in de kosten van de procedure – waaronder de kosten van de deskundige – kan worden veroordeeld,

479 De beslissing van de rechter over het voorschot van de deskundigen is een beslissing ter instructie van de zaak. De partij die het voorschot moet betalen, kan mitsdien alleen tegelijk met het eindvonnis waarbij hij definitief wordt veroordeeld om de kosten te betalen in hoger beroep: HR 22 januari 2010, *TVP* 2010, 2, met nt. G. de Groot.

480 Zie bijvoorbeeld Gerechtshof's-Hertogenbosch 15 januari 2010, *LJN* BN1751 dat bepaalde dat het ziekenhuis de kosten diende te betalen nu het het gevolg was van zijn grieven dat de deskundige nadere vragen diende te beantwoorden.

481 Bijvoorbeeld Gerechtshof Amsterdam 29 januari 2004, *L&S* 2004, 9, met nt. A.J. Van.

482 HR 11 juli 2003, *NJ* 2005, 50, met nt. J.B.M. Vranken.

483 Zie bijvoorbeeld Gerechtshof's-Gravenhage 9 november 2010, *LJN* BO8037 (niet-medisch).

484 Zie bijvoorbeeld Gerechtshof Leeuwarden 27 september 2011, *LJN* BT5862 (niet-medisch).

zie hierna, en dat voor diegenen die geen aanspraak kunnen maken op gesubsidieerde rechtsbijstand het inschakelen van een deskundige (veel) geld kost.⁴⁸⁵

De hoogte van de kosten van de gerechtelijk medisch deskundige kan voor de patiënt reden zijn om de kosten niet te betalen,⁴⁸⁶ met als gevolg dat een deskundigenbericht niet tot stand komt. Dit kan echter betekenen dat de rechter geen oordeel kan vellen over de aansprakelijkheid van de hulpverlener, terwijl nu juist die aansprakelijkheid moet komen vast te staan om schade en dus ook kosten vergoed te krijgen. Hoe dus verhouden de hoge kosten en de constatering dat dit kennelijk een belemmering voor de patiënt vormt zich tot de rechter te wenden met het beginsel van een *fair trial*, als bedoeld in artikel 6, eerste lid, EVRM en artikel 47 Handvest EU? Met name indien de rechter ambtshalve overgaat tot benoeming van de deskundige (artikel 194, eerste lid, Rv) lijkt de plicht een voorschot te betalen voor degene die dat voorschot niet kán betalen, in strijd met het *fair trial*-beginsel,⁴⁸⁷ hoewel artikel 6, eerste lid, EVRM geen algemeen of absoluut recht op gefinancierde rechtsbijstand kent,⁴⁸⁸ kunnen de kosten desalniettemin daar waar het deskundigenbericht onmisbaar is, ten onrechte en ongewenst de patiënt afhouden van een rechterlijke procedure waarbij het handelen van de hulpverlener ter discussie staat. Onder omstandigheden zou het dan mogelijk moeten zijn dat de Staat de kosten voor het deskundigenbericht draagt, zo lijkt uit de jurisprudentie van het EHRM te kunnen worden opgemaakt.⁴⁸⁹

Het probleem lijkt vooralsnog niet te worden onderkend: de voormalig Minister van Justitie bijvoorbeeld achtte het niet opportuun nadere maatregelen te treffen. Hij achtte de mogelijkheden die de Wet op de rechtsbijstand biedt voldoende en voorts zou de bijzondere deelgeschilprocedure een deel van het probleem wegnemen.⁴⁹⁰

De partij die bij het vonnis van de rechter in de bodemprocedure in het ongelijk wordt gesteld, wordt in de kosten veroordeeld, aldus artikel 237, eerste lid, Rv. De kosten mogen geheel of gedeeltelijk worden gecompenseerd, indien zowel de patiënt als de hulpverlener (of de producent) in het ongelijk is gesteld. Voorts kan de rechter de kosten die nodeloos

485 Zie genoemde bedragen in par. 8.2.6.2.

486 B.C.J. van Velthoven en C.M. Klein Haarhuis, *Geschilbeslechtsingsdelta* 2009, WODC, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 51, 93, 156, 186.

487 Zie ook C.P.J. Wijnakker, 'Artikel 6 EVRM: Recht op gefinancierd deskundigenbericht', *L&S* 2010/1, naar aanleiding van EHRM 3 maart 2009, zaaknr. 20482/03 (Cibicki/Polen).

488 Zie par. 8.2.6.1.

489 EHRM 3 maart 2009, zaaknr. 20482/03 (Cibicki/Polen).

490 Kamerstukken I 2010/11, 31116, nr. J (Verslag van het schriftelijk overleg van 5 oktober 2010).

werden aangewend of veroorzaakt ingevolge artikel 237, eerste lid, slotzin, Rv voor rekening laten van de partij die deze kosten aanwendde of veroorzaakte.⁴⁹¹

Voor een voorbeeld wordt gewezen op een oordeel van de Rechtbank Almelo. Uit de processtukken leidde de rechtbank af dat de beroepsaansprakelijkheids-verzekeraar van het ziekenhuis ten onrechte bij voortduring weigerde om aansprakelijkheid te erkennen en dat zij ten onrechte geen enkele betaling had gedaan. De patiënt in kwestie was gedwongen de onderhavige procedure te entameren om vergoeding van zijn immateriële schade te verkrijgen. De rechtbank zag hierin aanleiding om het ziekenhuis in de kosten te veroordelen, ook al kreeg ook de patiënt op onderdelen ongelijk.⁴⁹²

Kostenveroordeling vindt plaats aan de hand van een liquidatietarief.⁴⁹³ Dit liquidatietarief heeft voor de patiënt als voordeel dat wanneer de patiënt in de proceskosten wordt veroordeeld, hij niet alle daadwerkelijk gemaakte proceskosten van zijn wederpartij hoeft te betalen. Wordt de hulpverlener als de in het ongelijk gestelde partij in de kosten van de procedure veroordeeld, dan ligt het voordeel bij de hulpverlener. Het nadeel is dat een veroordeling van de hulpverlener niet toereikend zal zijn om de door de patiënt werkelijk gemaakte kosten te dekken en omgekeerd. Bovendien dient in ogenschouw te worden genomen dat de patiënt die op basis van gesubsidieerde rechtsbijstand procedeerde, bij het verkrijgen van een schadevergoeding die hoger is dan 50% van het heffingsvrije vermogen, geconfronteerd wordt met het verval van die bijstand en mitsdien het gewone uurtarief van de advocaat dient te betalen.⁴⁹⁴

Voordat de patiënt aan een procedure begint, zal hij dan ook een goede inschatting van de kosten moeten maken. Komen de kosten in relatie tot het risico dat de patiënt loopt om ongelijk te krijgen hem te hoog voor, dan kan dit reden zijn om van een procedure af te zien met als gevolg dat de patiënt zijn recht niet kan uitoefenen.⁴⁹⁵ Dit is onwenselijk.

491 Vergelijk HR 20 maart 2009, *NJ* 2009, 234, met nt. S.F.M. Wortmann en de overwegingen van het hof op dat punt (rov. 16.18).

492 Rechtbank Almelo 2 maart 2011, *LJN* BP7868. Zie ook Rechtbank 's-Hertogenbosch 1 december 2004, *LJN* BQ3280. Zie voor een oordeel over niet nodeloos gemaakte kosten: Rechtbank Arnhem 8 juni 2011, *LJN* BQ9413.

493 Zie voor de liquidatietarieven <www.rechtspraak.nl>.

494 Op grond van de resultaatsbeoordeling als bedoeld in artikel 34g Wrb en de daarop gebaseerde beleidsregels resultaatsbeoordeling.

495 B.C.J. van Velthoven en C.M. Klein Haarhuis, *Geschilbeslechtsingsdelta* 2009, WODC, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 51, 93, 156, 186.

8.4 SIGNALERING VAN KNELPUNTEN IN VERBAND MET HET VERHAAL IN DE PRAKTIJK

In dit hoofdstuk vond het onderzoek plaats naar het proces dat moet worden gevolgd om het verhaal van zorggerelateerde schade te effectueren. Beschreven en geanalyseerd zijn de rol en de kwaliteit van bij het proces betrokken partijen, de wijze waarop met medische informatie moet worden omgegaan en de kosten van het proces, zowel buiten als in rechte.

Uit de analyse is gebleken dat de patiënt bij het verhaal van zijn schade op de aansprakelijke hulpverlener of producent in het buitengerechtelijk traject te maken krijgt met een belangenbehartiger, de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar van de hulpverlener, medisch adviseurs en medisch deskundigen. De patiënt is voor het verhaal van schade afhankelijk van deze spelers en de mate van professionaliteit en deskundigheid van deze personen kan dan ook van (grote) invloed zijn op het schadeafwikkelingsproces. Uit onderzoek blijkt echter van verschillende kwaliteitsproblemen. Ten eerste is uit (algemeen) onderzoek gebleken dat er problemen worden gesignaleerd bij het leveren van kwaliteit door verschillende belangenbehartigers, onder andere vanwege een tekort aan kennis en vaardigheden en een te hoge mate van passiviteit. In het geval de belangenbehartiger geen advocaat is of niet voor een rechtsbijstandverzekeraar werkt, ontbreekt het bovendien aan een correctiemechanisme als de betrokken belangenbehartiger niet is aangesloten bij een (beroeps)vereniging die een klachtenreglement kent. Ten tweede is uit onderzoek gebaseerd op ervaringen van patiënten en belangenbehartigers gebleken dat de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraars van de hulpverleners (in veel gevallen) traag reageren op correspondentie, tegen beter weten in verweer voeren en niet transparant zijn, bijvoorbeeld over de keuze voor hun medisch adviseur(s). Klagen over het gedrag van de verzekeraar bij een externe instantie kan bovendien (te) veel beslag leggen op de afwikkeling van de schade. Ten derde is uit onderzoek gebleken dat de positie van de medisch adviseurs paradoxaal is – hij is zowel onafhankelijk als partijdig – wat tot wantrouwen over en weer leidt. Medische adviezen voldoen voorts niet altijd aan de (tuchtrechtelijke) norm. Het beroep van medisch adviseur is bovendien onbeschermd (een BIG-registratie is niet verplicht) en dat betekent dat medisch adviseurs die niet BIG-geregistreerd zijn niet aan extern toezicht zijn onderworpen. Wat medisch deskundigen betreft speelt het eerste en het laatste probleem niet, omdat zij doorgaans onafhankelijk zijn en BIG-geregistreerd, doch opgemerkt is ook dat de medisch deskundige niet standaard naar een curriculum vitae of *disclosure statement* wordt gevraagd en dat een opleiding voor het opstellen van een deskundigenrapport niet als voorwaarde wordt gesteld (met mogelijk gevaar voor de kwaliteit van zijn advies). Gezien het feit dat uit onderzoek is gebleken dat een beïnvloeding van de schadeafwikkeling op negatieve wijze de patiënt het traject van verhaal van schade als belastend doet ervaren, zelfs herstelbelemmerd kan werken en dat het aannemelijk is dat de patiënt geen optimale

schadevergoeding krijgt, blijkt aldus van een groot knelpunt bij het verhaal van zorggerelateerde schade.

Een ander belangrijk aspect van het verhaal van schade in de praktijk is de omgang met medische informatie. Uit de analyse van de omgang met medische informatie is gebleken, dat de patiënt op grond van de Wbp en artikel 8 EVRM een vergaande bescherming van zijn privéleven geniet, mede met het oog op het algemeen belang van die bescherming. Dit betekent dat in de buitengerechtelijke fase (uitsluitend) de toestemming van de patiënt leidend is voor een inbreuk op dat recht. Een knelpunt is dat deze vergaande bescherming in de praktijk nog niet ten volle is doorgedrongen en niet altijd wordt gerespecteerd door in het bijzonder de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar, zulks teneinde aanwijzingen te vinden voor een lagere schadevergoeding. Daar komt bij dat het *privacy*-aspect hoe dan ook een vlotte afwikkeling in de weg staat, omdat een discussie daaromtrent (telkens) complicerend en vertragend werkt.

Uit de analyse van het kostenaspect is gebleken dat de kosten van rechtsbijstand – waaronder de kosten van de medisch adviseur – een belemmering kunnen vormen om een vordering in te dienen of het proces vol te houden. Dit geldt met name als de kosten worden opgevoerd door het blijven ontkennen van de aansprakelijkheid, hetgeen op zich mogelijk is nu het niet de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar maar de patiënt is die ‘aan zet’ is. Gesubsidieerde rechtsbijstand biedt maar ten dele een oplossing: de subsidie is niet ongelimiteerd en de kosten van een medisch adviseur vallen niet onder de subsidie, althans niet voor zover een grens van € 200 wordt overschreden. Deze laatste omstandigheid verhoudt zich in het bijzonder niet met het vereiste dat de belangenbehartiger in letselschadezaken verplicht is een medisch adviseur in te schakelen om hem in te lichten over de medische aspecten van de zaak. Het kostenprobleem klemmt te meer, indien in het buitengerechtelijk traject door de patiënt een medisch deskundige moet worden ingeschakeld teneinde de hulpverlener of diens beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar (of de producent) te overtuigen van de juistheid van zijn standpunt. Hoewel de patiënt bij erkenning van aansprakelijkheid de kosten ingevolge artikel 6:96, tweede lid, onder b, BW kan verhalen op de aansprakelijke hulpverlener, zal hij de – veelal hoge – kosten eerst moeten voorschieten. Dit geldt zowel in het geval dat de deskundige door de patiënt of door partijen zelf wordt ingeschakeld als in het geval dat dit gebeurt via de weg van de verzoekschriftprocedure van artikel 202 Rv. Wanneer de patiënt voor gesubsidieerde rechtsbijstand in aanmerking komt, biedt de Wrb slechts een oplossing in de vorm van een lening. Het kostenaspect van het buitengerechtelijk traject vormt aldus om meerdere redenen een knelpunt. Efficiënt onderhandelen zou de patiënt een lange doorlooptijd van zijn dossier en hoge kosten kunnen besparen. Hiervoor werd echter als knelpunt gesignaleerd dat het op dit punt nogal eens aan medewerking

van de kant van de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar ontbreekt, terwijl ook niet elke belangenbehartiger vlot en adequaat onderhandelt.

Een laatste knelpunt in het buitengerechtelijk traject vormen de vragen aan de medisch deskundige. Onenigheid over de vraagstelling betreffende met name de tekortkoming door de hulpverlener leidt niet zelden tot een verzoekschriftprocedure. Dit is een knelpunt, omdat een extra procedure vertraging oplevert en voor nieuwe kosten, frustratie en belemmering van herstel kan zorgen.

Komen partijen er buiten rechte niet uit, dan zal de patiënt zijn vordering doorgaans in een bodemprocedure voorleggen aan de rechter. De rol van de rechter is groot en zijn deskundigheid van groot belang voor het verhaal van de schade van de patiënt. Opnieuw speelt ook de kwaliteit van de advocaten een grote rol en niet te vergeten die van de medisch deskundige. Echte knelpunten zijn niet gesignaleerd, al is opgemerkt dat in de literatuur wordt beschreven dat onderkend moet worden dat ook rechters fouten maken bij de beoordeling van de medische zaak die hun wordt voorgelegd, onder andere door een onjuiste interpretatie van de context en de omstandigheid dat zij niet alle feiten gepresenteerd krijgen. Een medisch deskundige kan dit probleem ten dele ondervangen, doch het benoemen van een deskundige draagt niet bij aan een efficiënte afdoening van de zaak, omdat dit extra procedurele rondes met zich brengt. Bovendien is niet elk advies – wegens zijn kwaliteit – zonder meer bruikbaar. In dat kader wordt voorts opgemerkt dat is gebleken dat een register van gerechtelijk deskundigen met een wettelijke grondslag ontbreekt en dat niet in elke zaak wordt gevraagd om een *disclosure statement* van de deskundige. Tot slot stelde ik de vraag of één gespecialiseerde kamer bij een van de rechtbanken zo langzamerhand niet wenselijk of zelfs noodzakelijk is. Uit onderzoek naar de vraag of specialisatie van rechters loont, is gebleken dat rechtzoekenden groot belang hechten aan de specialistische kennis van de rechter.

Ook in rechte is een belangrijk aspect van het verhaal van schade de omgang met medische informatie. In rechte geldt het beginsel van *een fair trial*, als bedoeld in artikel 6 EVRM en artikel 47 Handvest EU, wat met zich brengt dat in het kader van de verdediging van de hulpverlener inbreuk mag worden gemaakt op het recht op privéleven van de patiënt. Het beginsel van *fair trial* brengt andere aspecten met zich, zoals hoor en wederhoor en *equality of arms*. Desalniettemin biedt ook een procedure geen vrijbrief voor ongelimiteerde inzage in medische informatie van de patiënt en is gewezen op de eisen van noodzakelijkheid en proportionaliteit. Een knelpunt is dat het kader van omgang met medische informatie in een procedure nog niet voldoende tot de praktijk is doorgedrongen en de jurisprudentie van de Hoge Raad op een soepeler – doch mijns inziens onjuiste – omgang wijst dan de jurisprudentie van het EHRM.

Een laatste knelpunt ziet op de prijs van de bodemprocedure. Naarmate de bodemprocedure langer en intensiever is, kunnen de kosten hoog oplopen en de patiënt mogelijk weerhouden van een extra procedurele stap. De kosten van de medisch deskundige die in de bodemprocedure wordt benaderd, zijn daaraan mede debet. Geanalyseerd werd dat de kosten voor de patiënt een reden kunnen vormen om van het deskundigenbericht af te zien of hem tot het besluit brengen de kosten (het voorschot) niet te betalen, met als gevolg dat een deskundigenbericht niet tot stand komt en de rechter geen oordeel kan vellen over de aansprakelijkheid van de hulpverlener. Een schending van artikel 6 EVRM ligt daarmee op de loer en de kosten vormen mitsdien een belangrijk knelpunt bij het verhaal van de schade, zeker nu het probleem niet zonder meer wordt opgelost met gesubsidieerde rechtsbijstand. Ook de deelgeschilprocedure biedt op dit punt niet altijd een oplossing. Hoewel uit de analyse van de deelgeschilprocedure en de eerste evaluaties is gebleken dat zij meerwaarde heeft voor de praktijk, is het kostenvoordeel voor de patiënt dat met deze procedure wordt beoogd, alleen aan de orde als aansprakelijkheid vast staat.

DEEL IV

9 DE KNELPUNTEN NADER BESCHOUWD; EEN TUSSENBALANS

9.1 INLEIDING

In dit onderzoek heeft de vraag centraal gestaan welke obstakels het civiele aansprakelijkheidsrecht kent als het gaat om verhaal van zorggerelateerde schade en hoe deze (of nieuwe) obstakels zich manifesteren in het proces dat moet worden gevolgd om het verhaal te effectueren. De achtergrond van het onderzoek was gelegen in de opmerkelijke discrepantie tussen het forse aantal gevallen van vermijdbare schade in de zorg en het aantal patiënten dat tot verhaal van schade overgaat enerzijds en de veronderstelling dat het verhalen van schade complex en problematisch is anderzijds. Ter beantwoording van de vraag is in de voorgaande hoofdstukken het civiele aansprakelijkheidsrecht geanalyseerd evenals de wijze waarop verhaal van zorggerelateerde schade in de praktijk plaatsvindt (Deel II en III).

Teneinde een beknopt overzicht te geven van de obstakels die uit de analyse naar voren zijn gekomen, wordt dit hoofdstuk, tevens vierde deel van het onderzoek, aangevangen met een inventarisatie van de knelpunten die bij de analyses aan het licht zijn gekomen (par. 9.2). Vervolgens wordt de balans opgemaakt en wordt een antwoord gegeven op de vraag of de gesignaleerde knelpunten (mede) de problematiek rondom het verhaal van zorggerelateerde schade kunnen verklaren (par. 9.3).

9.2 INVENTARISATIE VAN DE GESIGNALEERDE KNELPUNTEN

De analyse van het civiele aansprakelijkheidsrecht tegen de achtergrond van zorggerelateerde schade nam in *hoofdstuk 3* een aanvang met de beschrijving van de rechtsverhouding tussen de hulpverlener en de patiënt. Gebleken is dat er doorgaans een contractuele rechtsverhouding ontstaat en dat alleen in uitzonderingsgevallen een behandelingsovereenkomst niet tot stand komt. Voor deze uitzonderingsgevallen is het ontbreken van wilsovereenstemming of vrijwilligheid typerend. Bij de totstandkoming van Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW is rekening gehouden met deze uitzonderingssituaties en is onderkend dat ook patiënten die geen contractuele relatie aangaan, behoefte hebben aan bescherming. Dit heeft geleid tot de formulering van de schakelbepaling van artikel 7:464 BW. Met het artikel is de reikwijdte van Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW vergroot. Dit neemt niet weg dat in de praktijk niet altijd duidelijk is of de aard van de rechtsbetrekking zich tegen overeen-

komstige toepassing van Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW verzet. In het bijzonder bestaat in de praktijk onduidelijkheid over de toepassing van Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW in situaties waarin niet het behandelen van de patiënt voorop staat, maar het verzorgen en begeleiden van de patiënt.¹ Dit levert een knelpunt op als het gaat om verhaal van schade: de patiënt die louter zorg ontvangt kan immers al dan niet terecht in de veronderstelling verkeren dat de verplichtingen niet voor hem gelden, waardoor hij meent geen verhaal te kunnen halen.²

De schakelbepaling gaat voorts niet zover dat de verplichtingen van Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW van overeenkomstige toepassing zijn op de niet-contractuele rechtsverhouding tussen de hulpverlener en een (wettelijk) vertegenwoordiger van de patiënt. Dit leidt in die zin tot een knelpunt dat schadelijdende wettelijk vertegenwoordigers geen eigen rechten aan de behandelingsovereenkomst kunnen ontleen en aangewezen zijn op het vergoedingssysteem van Boek 6, titel 1, afdeling 10, BW, dat derden maar een beperkt recht op schadevergoeding toekent (artikel 6:107 BW en artikel 6:108 BW).³ Wanneer de feitelijk geleden schade groter is, dienen zij deze zelf te dragen. Dit probleem is ook naar voren gekomen bij de analyse van de grondslagen in *hoofdstuk 4*,⁴ en bij de analyse van het schadevergoedingsrecht in *hoofdstuk 7*.⁵ Het is aannemelijk dat het vergoedingssysteem een knelpunt vormt met name in schrijnende situaties, waarin door een fout van de hulpverlener een kind ernstig letsel oploopt en het gezin waarvan het kind deel uitmaakt langdurig in het teken van het beschadigde kind komt te staan. Opgemerkt is dat dit wringt, wanneer dergelijke kwesties worden vergeleken met *wrongful birth* en *wrongful life* zaken.⁶

In *hoofdstuk 3* is voorts verkend welke verplichtingen de hulpverlener uit hoofde van Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW heeft. Uit de analyse is gebleken dat de plicht om de patiënt te informeren over fouten in de praktijk niet consequent wordt nageleefd (artikel 7:448 BW).⁷ Ook de openheid over de aard en toedracht van een incident – waarbij dus nog niet duidelijk is of er een fout is gemaakt – met (merkbare) gevolgen voor de patiënt laat in de praktijk te wensen over: de patiënt is afhankelijk van de welwillendheid van de hulpverlener, terwijl de bereidheid de patiënt in te lichten om uiteenlopende redenen niet groot is en uit onderzoek blijkt van een ondermelding van incidenten.⁸ Het uitblijven van informatie over een fout of de aard en toedracht van een incident leidt ertoe dat de patiënt onwetend

1 Hoofdstuk 3, par. 3.2.1.

2 Hoofdstuk 3, par. 3.2.1, 3.3.1 en 3.5.

3 Hoofdstuk 3, par. 3.2.2 en 3.5.

4 Hoofdstuk 4, par. 4.3.1.3 en 4.5.

5 Hoofdstuk 7, par. 7.3.2.1, 7.3.2.2, 7.3.3, 7.3.4 en 7.5.

6 Hoofdstuk 7, par. 7.5.

7 Hoofdstuk 3, par. 3.4.1.2 en 3.5.

8 Hoofdstuk 3, par. 3.4.1.2.

blijft over een mogelijke normschending, wat een negatieve invloed heeft op de mogelijkheden tot verhaal van schade en daarom een knelpunt is. Bovendien kan het uitblijven van informatie tot onvrede en boosheid leiden, wat weer tot het entameren van (ook andere) procedures kan leiden.⁹ In het verlengde van de behoefte aan openheid over fouten of incidenten ligt de behoefte van nabestaanden om geïnformeerd te raken over hetgeen de patiënt is overkomen, bijvoorbeeld door inzage in het patiëntendossier. Inzage in het dossier schept de mogelijkheid voor de nabestaanden om schade te verhalen, wanneer uit het dossier blijkt van een fout of incident. De geheimhoudingsplicht van de hulpverlener (artikel 7:457 BW) kan echter aan inzage in de weg staan en vooralsnog hebben nabestaanden geen in de wet verankerd recht om in geval van veronderstelde toestemming of de aanwezigheid van een zwaarwegend belang inzage te verkrijgen in het patiëntendossier van de overleden patiënt. Bovendien kan het uitblijven van de vermelding van een fout of de aard en toedracht van het incident in het patiëntendossier ook nabestaanden voor problemen stellen bij het aantonen van een normschending en openheid op dit punt blijkt daarom andermaal een knelpunt te vormen.¹⁰

De analyse van het civiele aansprakelijkheidsrecht werd in *hoofdstuk 4* vervolgd met een beschrijving van de grondslagen voor aansprakelijkheid van de hulpverlener, de norm ter bepaling van aansprakelijkheid van de hulpverlener en de bewijslastverdeling op dit punt. De analyse van het civiele aansprakelijkheidsrecht kreeg een vervolg in *hoofdstuk 5*, waar de grondslagen voor aansprakelijkheid van de producent werden besproken. Uit de analyse zijn verschillende knelpunten naar voren gekomen. Een (zeer) belangrijk obstakel bij het verhaal van schade blijkt gelegen te zijn in de bewijslastverdeling ten aanzien van het bewijs van de normschending door de hulpverlener; de bewijslastverdeling, zoals die volgt uit het materiële recht in samenhang gelezen met de procesrechtelijke regel van bewijs, leidt tot onbillijke resultaten, omdat het voor de patiënt in veel gevallen nagenoeg onmogelijk is het bewijs van een normschending te leveren ook wanneer zo een schending aannemelijk is.¹¹ Het belangrijke knelpunt ter zake de bewijslast van de normschending hangt samen met de omstandigheid dat de zorgvuldigheidsnorm die de hulpverlener jegens de patiënt in acht moet nemen niet concreet is.¹² Door de algemene formulering van de in acht te nemen zorgvuldigheidsnorm is het voor de patiënt (of nabestaanden) zeer lastig om aan te tonen dat de schade van de patiënt een mogelijke oorsprong heeft in een tekortkoming of onrechtmatige daad van de hulpverlener; onduidelijk is in dat geval immers 'hoe het moet gaan'. Hoewel op de hulpverlener een verzwaarde motiveringsplicht rust om de patiënt tegemoet te treden in het leveren van het noodzakelijke bewijs van de normschen-

9 Hoofdstuk 2, par. 2.3.

10 Hoofdstuk 3, par. 3.4.4.3 en 3.5.

11 Hoofdstuk 4, par. 4.2.2.2 en 4.5.

12 Hoofdstuk 4, par. 4.2.1.4.

ding, draagt deze plicht onvoldoende bij aan het opheffen of minimaliseren van het bewijsprobleem. Openheid van zaken – informatie over een mogelijke fout of de aard en toedracht van een incident met (mogelijk) merkbare gevolgen voor de patiënt – wordt doorgaans niet gegeven en niet vastgelegd in het medisch dossier, een knelpunt dat ook reeds in *hoofdstuk 3* werd gesignaleerd. Een sanctie is er niet, nu de hulpverlener in een later stadium de openheid alsnog kan geven door middel van een aanvullende verklaring.¹³ De patiënt zal dan in een later stadium moeten aantonen dat de aanvullende verklaring niet op waarheid is gebaseerd, maar hoe? Door de onwetendheid bij de patiënt (of nabestaanden) over wat de patiënt is overkomen kan hij immers niet aantonen hoe het werkelijk is gegaan. Oftewel, ook de formulering van de zorgvuldigheidsnorm is een knelpunt en andermaal blijkt de onvoldoende openheid over de aard en toedracht van een incident belangrijk knelpunt te vormen.

De onvoldoende openheid over een fout of de aard en toedracht van een incident blijkt bovendien samen te hangen of oorzaak te zijn van het knelpunt dat ziet op de aan te wijzen aansprakelijke partij in het geval een medische hulpzaak een mogelijke oorzaak van de schade is. Uit de analyse op dit punt in *hoofdstuk 4* is gebleken dat toerekening van een tekortkoming door het gebruik van de ongeschikte hulpzaak aan de hulpverlener uitgangspunt is, tenzij dit gelet op de inhoud en strekking van de rechtshandeling waaruit de verbintenis voortspuit, de in het verkeer geldende opvattingen en de overige omstandigheden van het geval, onredelijk zou zijn. In geval van schade door een vermeende ongeschikte hulpzaak wordt de patiënt nogal eens door de hulpverlener naar de producent verwezen met als argument dat de schade te wijten is aan een gebrek in het product waar de hulpverlener niet van af wist.¹⁴ Toerekening van de tekortkoming aan de hulpverlener zou om die reden onredelijk zijn. Dit standpunt kan terecht zijn, maar, wederom gelet op de onvoldoende openheid die door de hulpverlener wordt geboden over een mogelijke fout of de aard en toedracht van een incident, is het voor de patiënt op voorhand vaak niet duidelijk bij wie hij zijn vordering moet neerleggen – was een gebrek in de zaak oorzaak of was dit een onjuist handelen van de hulpverlener? – en of verweer tegen het argument van de hulpverlener zin heeft.¹⁵ Dit leidt tot een frustratie van het verhaal van schade. Evenzeer hangt het knelpunt van onvoldoende openheid over de aard en toedracht van het incident samen met het knelpunt dat de patiënt tegenover de producent moet aantonen dat een product gebrekkig was; is onduidelijk of het product gebrekkig was of dat de hulpverlener onzorgvuldig met de medische zaak is omgegaan, dan zal het voor de patiënt niet eenvoudig zijn het eerste aan te tonen.¹⁶

13 Hoofdstuk 4, par. 4.2.2.3 en 4.5.

14 Hoofdstuk 4, par. 4.2.3.3.

15 Hoofdstuk 4, par. 4.2.2.3 en 4.5.

16 Hoofdstuk 5, par. 5.4.3.3 en 5.6.

Onderdeel van de analyse van het civiele aansprakelijkheidsrecht betrof voorts het onderzoek in *hoofdstuk 6* naar het vereiste causaal verband tussen de normschending van de hulpverlener en/of het gebrek in het medisch product en de schade van de patiënt. Uit het onderzoek is gebleken dat de bewijslastverdeling de patiënt voor problemen kan stellen.¹⁷ Op de patiënt rust ingevolge de procesrechtelijke regel van bewijs de last te stellen en, bij betwisting, te bewijzen dat een causaal verband aanwezig is tussen de door de hulpverlener geschonden norm en de schade van de patiënt. Op de patiënt rust eveneens de last te stellen, en bij betwisting, te bewijzen dat er een causaal verband bestaat tussen het gebrek in het product en de schade van de patiënt. Het vereiste verband is een *condicio sine qua non*-verband, oftewel voor verhaal van schade is het noodzakelijk dat vaststaat dat de schade niet zou zijn ingetreden als de norm niet was geschonden of het product geen gebrek had vertoond. En juist hierin schuilt een moeilijkheid: op voorhand is vaak niet duidelijk wat de invloed van juist handelen van de hulpverlener of de afwezigheid van een gebrek in het product zou zijn geweest op de gezondheidstoestand van de patiënt. Het lichaam is een ongewisse factor in het genezingsproces en kan, evenzeer als de normschending of het gebrekkig product, ertoe leiden dat genezing of verbetering van de gezondheidstoestand uitblijft. Ook een verergering van de ziekte, aandoening of klachten zonder dat dit aan een normschending of gebrek in het product te wijten is, is immers mogelijk.¹⁸ Hoewel in dit stadium op de hulpverlener wederom een verzwaarde motiveringsplicht rust om de patiënt tegemoet te komen in het leveren van het noodzakelijke bewijs van het *condicio sine qua non*-verband, draagt zij onvoldoende bij aan het opheffen of minimaliseren van het bewijsprobleem; mogelijk is dat de hulpverlener de verlossing niet kan geven, simpelweg omdat ook hem de invloed van de normschending op de gezondheid van de patiënt niet bekend is.¹⁹ Een en ander geldt in gelijke mate voor de producent van het gebrekkige product. De patiënt is dan ook in belangrijke mate aangewezen op een deskundigenbericht.²⁰ Problematisch zijn voorts de gevallen waarin de hulpverlener zijn informatieplicht heeft geschonden en de patiënt moet bewijzen dat hij, ware hij goed geïnformeerd, een andere keuze had gemaakt.

Overigens werd beschreven dat in gevallen van schending van een *veiligheidsnorm* de patiënt bij het leveren van bewijs handvatten worden geboden door de omkeringsregel en de proportionele aansprakelijkheid.²¹ Hoewel de patiënt het risico draagt dat hij het bewijs van het *condicio sine qua non*-verband niet rond krijgt – wat ontegenzeggelijk een knelpunt is – is dit knelpunt dan ook minder in het oog springend dan het knelpunt van de last tot het bewijzen van de normschending.

17 Hoofdstuk 6, par. 6.3.1.

18 Hoofdstuk 6, par. 6.3.2 en 6.5.

19 Hoofdstuk 6, par. 6.3.1.

20 Hoofdstuk 6, par. 6.3.3.

21 Hoofdstuk 6, par. 6.3.4 en 6.3.5.

De beschrijving van het schadevergoedingsrecht en de beschrijving van de wijze waarop een vordering kan verjaren in *hoofdstuk 7* vormden het laatste onderdeel van de analyse van het civiele aansprakelijkheidsrecht. Ook dit onderzoek bracht knelpunten aan het licht. Genoemd werd reeds de problematiek van het verhaal van schade door direct bij de patiënt betrokken derden.

Een ander knelpunt ziet op het verhaal van de buitengerechtelijke kosten. Voor vergoeding komen alleen die buitengerechtelijke kosten in aanmerking die in redelijkheid werden gemaakt en ook in omvang redelijk zijn. Omdat niet is gedefinieerd wat redelijk is en de beoordeling over de redelijkheid afhankelijk is van een aantal omstandigheden, wordt de patiënt door de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar van de hulpverlener niet zelden het argument tegengeworpen dat de gemaakte kosten niet in verhouding staan tot de hoogte van de schade (het financiële belang) en daarom onredelijk zouden zijn. Dat de kosten soms hoog oplopen heeft echter te maken met het feit dat een tekortkoming van de hulpverlener (en/of een gebrek in een product) zich moeilijk laat vaststellen, een knelpunt op zich, zo is hiervoor opgemerkt. De patiënt maakt kosten – en bij een weerwoord nog meer kosten en veelal ook kosten voor een medisch deskundige – om deze duidelijkheid te verkrijgen. Kortom, de patiënt heeft zich eerst behoorlijk moeten inspannen om aansprakelijkheid aan te tonen, wat zich vertaalt in hoge kosten. Gezien de gebezigde argumenten lijkt er onvoldoende rekening te worden gehouden met de bijzondere en complexe aard van medische kwesties.²² De omvang van de verwachte buitengerechtelijke kosten en de angst voor het uitblijven van een volledige vergoeding kunnen voor de patiënt een zodanige drempel opwerpen, dat hij bij voorbaat of ten tijde van de onderhandelingen met de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar van de hulpverlener (of de producent) het verhaal van zijn schade staakt.²³

Een ‘verjarings’-knelpunt kan zich voordoen wanneer de hulpverlener met een beroep op de uitzondering van artikel 6:77 BW de patiënt naar de producent verwijst: mogelijk vangt de patiënt bot als de hulpverlener aansprakelijkheid van de hand wijst en (bijvoorbeeld door de duur van de onderhandelingen met de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar) de vordering ten opzichte van de producent is verjaard. Dit knelpunt ligt in het verlengde van het eerder genoemde knelpunt aangaande de onduidelijkheid over wie aan te spreken in het geval een medische hulpzaak mogelijk oorzaak is van de schade van de patiënt; de patiënt moet tijdig weten bij wie hij zijn vordering moet indienen.

22 Hoofdstuk 7, par. 7.2.2.3 en 7.5.

23 Hoofdstuk 7, par. 7.2.2.3 en 7.5.

In *hoofdstuk 8* vond een analyse van de staande praktijk van schadeafwikkeling plaats. Hieruit is enerzijds gebleken dat het gesignaleerde knelpunt van de bewijslastverdeling ter zake de normschending tot uiting komt in de praktijk en anderzijds dat de praktijk zelf ook nieuwe obstakels met zich brengt.

Een eerste knelpunt ziet op de kosten gemoeid met het verhaal van schade. Omdat gezien de geldende bewijslastverdeling de patiënt moet aantonen dat hij recht heeft op een schadevergoeding, dient hij zich in veel gevallen reeds in de buitengerechtelijke fase van deskundige (juridische en medische) bijstand te voorzien. Een belangenbehartiger en een medisch adviseur zullen de patiënt moeten helpen bij het vergaren van bewijs, bij het beoordelen van de veelal medische bewijsstukken op hun juridische waarde en bij het voeren van verweer ten opzichte van de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar van de hulpverlener of de producent. Een medisch deskundige dient de patiënt te informeren over de medische professionele standaard en over de wijze waarop de hulpverlener in het voorliggende geval heeft gehandeld door antwoord te geven op daarop gerichte vragen. De met deze bijstand gemoeid zijnde kosten zijn echter hoog en lopen op naarmate de buitengerechtelijke fase langer en intensiever is, zoals ook reed werd opgemerkt bij de analyse in *hoofdstuk 6*. Gesubsidieerde rechtsbijstand biedt maar ten dele een oplossing: de subsidie is niet ongelimiteerd, voor een deskundigenbericht kan slecht een lening worden verkregen,²⁴ en de kosten van een medisch adviseur vallen niet onder de subsidie, althans niet voor zover een grens van € 200 (medisch haalbaarheidsonderzoek) overschreden wordt. Deze laatste omstandigheid verhoudt zich in het bijzonder niet met het vereiste dat de belangenbehartiger in zaken waarin de beoordeling van de gezondheid van een persoon nodig is, verplicht is een medisch adviseur in te schakelen.²⁵ Het kostenaspect klemmt te meer, indien in het buitengerechtelijk traject onenigheid ontstaat over de vragen die aan de medisch deskundige mogen worden gesteld, hetgeen niet zelden leidt tot een extra procedure in de vorm van een verzoekschrift aan de rechter om een voorlopig deskundigenonderzoek te gelasten. Naast de nodige vertraging, brengt een extra procedure ook nieuwe kosten met zich, die doorgaans voor rekening van de patiënt komen.²⁶ Goed onderhandelen zou de kosten kunnen doen verminderen, maar het aanleren van onderhandelings technieken voor belangenbehartigers is niet verplicht en de welwillendheid tot onderhandelen onder de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraars niet groot. Het kostenaspect van het buitengerechtelijk traject is een knelpunt, omdat de patiënt mogelijk afziet van verhaal, wanneer hij meent de kosten niet te kunnen betalen of de kosten niet in verhouding staan tot de mogelijke opbrengst.²⁷

²⁴ Hoofdstuk 8, par. 8.2.6 en 8.4.

²⁵ Hoofdstuk 8, par. 8.2.6 en 8.4.

²⁶ Hoofdstuk 8, par. 8.2.7 en 8.4.

²⁷ Hoofdstuk 8, par. 8.2.6.1 en 8.4.

De gerechtelijke fase toont geen ander beeld. Wat de kosten van de bodemprocedure betreft, werd gesignaleerd dat deze evenzeer hoog kunnen oplopen naarmate de procedure langer en intensiever is en reden kunnen zijn om de procedure niet te beginnen of voortijdig te beëindigen. De kosten van de medisch deskundige die in de bodemprocedure door de civiele rechter wordt benaderd om de aansprakelijkheid van de hulpverlener of de producent te beoordelen, zijn mede debet aan de hoge prijs. Geanalyseerd werd dat de kosten voor de patiënt een reden kunnen vormen om van het deskundigenbericht af te zien of de patiënt tot het besluit kunnen brengen de kosten niet te betalen, met als gevolg dat een deskundigenbericht niet tot stand komt en de rechter geen oordeel kan vellen over de aansprakelijkheid van de hulpverlener en/of de producent. Toegang tot de rechter om verhaal te halen voor geleden schade komt daarmee ter discussie te staan; ook de omvang van de proceskosten vormt dus een belangrijk knelpunt bij het verhaal van zorggerelateerde schade.²⁸

Een tweede knelpunt ziet op de kwaliteit van de personen die invloed hebben op het schadeafwikkelingsproces. Omdat de patiënt moet aantonen dat een normschending of een gebrek in een product hem recht geeft op verhaal van schade (en daarvoor juridische en medische bijstand behoeft), is hij afhankelijk van de kwaliteit van zijn belangenbehartiger, de medewerking van de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar en/of producent, de medisch adviseurs, de medisch deskundige en de rechter. Uit onderzoek blijkt echter van verschillende kwaliteitsproblemen. Bij de belangenbehartigers wordt een tekort aan kennis en vaardigheden gesignaleerd en wat letselschadebureaus betreft kan het aan een correctiemechanisme ontbreken.²⁹ De ervaring van patiënten met de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar van de hulpverlener is niet positief; uit onderzoek is gebleken van structureel vertraagde reacties op aansprakelijkstellingen en overige correspondentie en van het niet altijd naleven van de GOMA. Het aanwenden van middelen om het gedrag te corrigeren levert doorgaans verdere vertraging op.³⁰ De kwaliteit van de medisch adviseurs aan zowel belangenbehartigers- als verzekeraarszijde is een probleem door de omstandigheid dat het beroep onbeschermd is en dat medisch adviseurs die niet BIG-geregistreerd zijn, niet kunnen worden gecorrigeerd in hun gedrag: zij kunnen immers niet tuchtrechtelijk worden aangesproken.³¹ De medisch deskundige voorts is niet verplicht tot enige opleiding betreffende het rapporteren en evenmin is enige registratie verplicht.³² Ook de civiele rechter is niet gevrijwaard van kritiek. Uit onderzoek is gebleken dat rechters fouten maken bij de beoordeling van de medische zaak die hun wordt voorgelegd, onder andere door

28 Hoofdstuk 8, par. 8.3.5 en 8.4.

29 Hoofdstuk 8, par. 8.2.1.2 en 8.4.

30 Hoofdstuk 8, par. 8.2.2.2 en 8.4.

31 Hoofdstuk 8, par. 8.2.3.2 en 8.4.

32 Hoofdstuk 8, par. 8.2.4 en 8.4.

een onjuiste interpretatie van de context en de omstandigheid dat zij niet alle feiten gepresenteerd krijgen. Een gerechtelijk deskundige kan dit probleem ten dele ondervangen, doch het benoemen van een deskundige draagt niet bij aan een efficiënte afdoening van de zaak, omdat dit extra procedurele rondes met zich brengt. Bovendien is niet elk advies van de gerechtelijk deskundige – wegens zijn kwaliteit – zonder meer bruikbaar. In dat kader is voorts opgemerkt dat is gebleken dat een register van gerechtelijk deskundigen met een wettelijke grondslag ontbreekt en dat niet in elke zaak om een *disclosure statement* van de deskundige wordt gevraagd.³³ Gezien het feit dat uit onderzoek is gebleken dat een beïnvloeding van de schadeafwikkeling op negatieve wijze de patiënt het traject van verhaal van schade als belastend doet ervaren, zelfs herstelbelemmerd kan werken en het aannemelijk is dat de patiënt geen optimale schadevergoeding krijgt,³⁴ blijkt aldus van een groot knelpunt bij het verhaal van zorggerelateerde schade.³⁵

Een derde knelpunt betreft de bescherming van het privéleven van de patiënt. De omgang met medische informatie in het buitengerechtelijk traject blijkt een probleem te vormen, vooral door het ontbreken van kennis over de mogelijkheden en beperkingen van de rechten ten aanzien van het medisch dossier van de patiënt. De patiënt wordt een vergaande bescherming geboden als het om zijn persoonsgegevens gaat, een bescherming die niet altijd wordt gerespecteerd door de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar van de hulpverlener. Bovendien is een discussie over de medische informatie op zich al een complicerende en vertragende factor.³⁶ Een en ander geldt ook voor de omgang met medische informatie in de bodemprocedure. De rechtspraak van de Hoge Raad op dit punt blijkt voorts niet in de pas te lopen met de jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden.³⁷

9.3 HET OPMAKEN VAN DE BALANS EN DE BEANTWOORDING VAN DE CENTRALE VRAAG

De gesignaleerde knelpunten in ogenschouw genomen, rest mij een conclusie ten aanzien van de mogelijke oorzaak van de problematiek rondom het verhaal van zorggerelateerde schade. De centrale vraag was immers niet alleen welke knelpunten het civiele aansprakelijkheidsrecht kent als het om het verhaal van zorggerelateerde schade gaat en hoe deze (of nieuwe) knelpunten zich manifesteren in het proces dat moet worden gevolgd om het

³³ Hoofdstuk 8, par. 8.3.2.2, 8.3.3.2 en 8.4.

³⁴ Hoofdstuk 8, par. 8.2.1.2, 8.2.2.2, 8.2.3.2, 8.2.4.2 en 8.4.

³⁵ Hoofdstuk 8, par. 8.2.1.2, 8.2.2.2, 8.2.3.2, 8.2.4.2 en 8.4.

³⁶ Hoofdstuk 8, par. 8.2.5.2 en 8.4.

³⁷ Hoofdstuk 8, par. 8.3.4 en 8.4.

verhaal te effectueren, maar ook of de aangetroffen obstakels (mede) de problematiek rondom het verhaal van schade zouden kunnen verklaren. Mijn conclusie te dien aanzien luidt als volgt:

De gesignaleerde knelpunten maken van de weg van het verhaal van schade een complexe, langdurige en kostbare aangelegenheid, hetgeen voor een frustratie van het verhaal van zorggerelateerde schade kan zorgen en patiënten van verhaal kan weerhouden.³⁸ Hierin ligt een aanwijzing voor de aanname dat (een deel van) de opmerkelijke discrepantie tussen het vermoede aantal gevallen waarin een deugdelijke aanspraak op schadevergoeding bestaat en het aantal patiënten (of wettelijk vertegenwoordigers of nabestaanden) dat daadwerkelijk een vordering indient, (mede) haar verklaring zou kunnen vinden in de drempels van het civiele aansprakelijkheidsrecht en het proces dat moet worden gevolgd om het verhaal van schade te effectueren.

De discrepantie en de mogelijke verklaring hiervoor legitimeren een aanpassing van het civiele aansprakelijkheidsrecht en de praktijk van schadeafwikkeling op die punten waar verhaal van schade in belangrijke mate wordt geobstrueerd. Het gevolg van de aanpassingen moet zijn dat de patiënt en de hulpverlener in een evenwichtiger rechtspositie worden gebracht als het gaat om het verhaal van schade door een mogelijke fout van de hulpverlener. Een aanpassing kan echter niet worden bewerkstelligd en worden gerechtvaardigd zonder een onderzoek naar mogelijke alternatieven om de (grootste) obstakels weg te nemen. Dit onderzoek vindt plaats in het volgende hoofdstuk, tevens vijfde deel van het onderzoek. Met het oog daarop worden hieronder tot slot de knelpunten benoemd die mijns inziens voor een aanpassing in aanmerking moeten komen, zulks in de volgorde van hun importantie voor of invloed op het verhaal van zorggerelateerde schade.

I De bewijslastverdeling ter zake de normschending

De bewijslastverdeling, zoals volgt uit het materiële recht in samenhang gelezen met de procesrechtelijke regel van bewijs leidt tot onbillijke resultaten, mede in samenhang gezien

38 Zie voor dezelfde conclusie J.L. Smeehuijzen en A.J. Akkermans, Medische aansprakelijkheid: over grote problemen, haalbare verbeteringen en overschatten revoluties, Preadvies Vereniging voor Gezondheidsrecht, Den Haag: Sdu Uitgevers 2013, p. 31 en 79, gepresenteerd op 19 april 2013. Op de wijze waarop de preadviseurs zich in hun conclusie hebben uitgedrukt werd overigens enige kritiek geuit door T.F.E. Tjong Tjin Tai in diens coreferaat dat op dezelfde dag werd gepresenteerd. Zij betreft vooral de conclusie dat het recht tekort zou schieten als een patiënt geen volledige vergoeding krijgt. Volgens Tjong Tjin Tai schiet het *recht* alleen tekort als door onwenselijke drempels in het recht een procedure (ik lees hierin verhaal van schade) achterwege wordt gelaten. Mijns inziens heb ik de aanwezigheid van drempels als mogelijke en aannemelijke oorzaak van het achterwege laten van verhaal aangetoond met de analyse van het civiele aansprakelijkheidsrecht en zijn knelpunten in de hoofdstukken 3 tot en met 8 van dit boek.

met het feit dat de norm waaraan getoetst moet worden zich niet concreet laat vaststellen en de hulpverlener onvoldoende openheid van zaken geeft over een mogelijke fout of de aard en toedracht van een incident.

II Het ontbreken van openheid over een fout of de aard en toedracht van een incident

Hulpverleners verstrekken de patiënt en/of nabestaanden onvoldoende informatie over een mogelijke fout of de aard en toedracht van een incident met (mogelijk) merkbare gevolgen voor de patiënt, hetgeen tot problemen leidt bij het leveren van het bewijs van de normschending. Eveneens kan uitblijvende informatie leiden tot een verstoring van de relatie tussen de hulpverlener en de patiënt nu de patiënt doorgaans een gevoel van boosheid ontwikkelt als hij over een incident niet wordt geïnformeerd. Tot slot kan onvoldoende openheid over de aard en toedracht van een incident een probleem zijn als een ongeschikte medische hulpzaak mogelijk de oorzaak is van de schade; het is voor de patiënt dan niet duidelijk wie aan te spreken: de hulpverlener of de producent?

III De algemene formulering van de zorgvuldigheidsnorm

Het vereiste niveau van zorg dat een hulpverlener jegens de patiënt moet betrachten, is niet concreet geformuleerd, hetgeen tot problemen leidt bij het leveren van het bewijs van de tekortkoming of de onrechtmatige daad van de hulpverlener.

IV De bewijslastverdeling ter zake het condicio sine qua non-verband

Het condicio sine qua non-verband tussen de normschending en de schade van de patiënt laat zich moeilijk vaststellen door de omstandigheid dat het menselijk lichaam een ongewisse factor is in het genezingsproces van de patiënt en meerdere omstandigheden van invloed kunnen zijn op de schade. Problematisch is ook het bewijs van een andere keuze in geval van een schending van de informatieplicht door de hulpverlener.

V De kosten gemoeid met het verhaal van schade

De omstandigheid dat de patiënt het bewijs van een normschending en het causaal verband moet leveren, maakt dat hij is aangewezen op deskundige bijstand. De daarmee gemoeid zijnde kosten zijn echter omvangrijk, wat een gevolg is van de complexiteit van medische aansprakelijkheidskwesties. Bovendien kunnen de kosten oplopen door voortslepende discussies, het inschakelen van deskundigen en geschillen over de vraagstelling aan de deskundige. In de bodemprocedure is het kostenprobleem niet anders; met name de omstandigheid dat de rechter te zijner voorlichting een deskundige wil raadplegen, kan de kosten doen opdrijven.

VI De kwaliteit van de personen die invloed hebben op het schadeafwikkelingsproces

De omstandigheid dat de patiënt het bewijs van een normschending en het causaal verband moet leveren, maakt dat hij afhankelijk is van de kwaliteit van zijn belangenbehartiger, de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar, de medisch adviseur(s), de medisch deskundige(n) en de civiele rechter. De kwaliteit van belangenbehartigers, medisch adviseurs, deskundigen en de civiele rechter blijkt echter op sommige punten aan kritiek onderhevig of wordt onvoldoende gewaarborgd.

VII De omgang met medische informatie

Het is onvoldoende duidelijk hoe om te gaan met medische informatie die betrekking heeft op de patiënt. Discussie over de omgang met medische informatie is een complicerende en vertragende factor.

VIII De reikwijdte van Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW

Het is onvoldoende duidelijk of de schakelbepaling van artikel 7:464, eerste lid, BW zich uitstrekt tot zuivere zorgrelaties. Is dit niet het geval, dan zijn de patiënten bij deze vorm van zorg onvoldoende beschermd.

Opgemerkt wordt dat ook de positie van derden een belangrijk knelpunt is. Dit knelpunt speelt echter niet specifiek op het terrein van de zorggerelateerde schade. Bovendien is het reeds vele malen onderwerp van discussie geweest. De positie van derden, hoe schrijnend soms ook, zal daarom geen deel uitmaken van het hierna volgende onderzoek naar mogelijke oplossingen.

DEEL V

10 ALTERNATIEVEN VOOR DE HUIDIGE WIJZE VAN VERHAAL VAN ZORGGERELATEERDE SCHADE

10.1 INLEIDING

De evaluatie van de knelpunten in het vierde deel van het onderzoek maakte inzichtelijk dat het verhalen van zorggerelateerde schade complex en problematisch is: de patiënt kan alleen met moeite, voldoende financiële middelen en een lange adem het proces volgen om het verhaal van schade te effectueren. Geconcludeerd is dat hierin een aanwijzing ligt voor de aanname dat de drempels die door het civiele aansprakelijkheidsrecht en het proces dat moet worden gevolgd om het verhaal van schade te effectueren worden opgeworpen van zodanige aard zijn dat zij (mede) de problematiek rondom het verhaal van zorggerelateerde schade zouden kunnen verklaren. Dit betekent echter dat het civiele aansprakelijkheidsrecht in medische zaken zijn doel niet bereikt (afwenteling van schade op degene die de schade onrechtmatig veroorzaakte). Dat is aanleiding om naar verandering te zoeken. Het onderzoek wordt dan ook vervolgd met een beschrijving en analyse van mogelijke alternatieven om de grootste obstakels weg te nemen of te overkomen.

Aangevangen wordt met een beschrijving en analyse van alternatieven die buiten Nederland kunnen worden gevonden (par. 10.2). Andere landen hebben evenzeer te kampen (gehad) met problemen op het terrein van verhaal van zorggerelateerde schade en hebben in verband daarmee gekozen voor een ander systeem, zoals een *no fault*-systeem als alternatief voor (of aanvulling op) verhaal van schade via het aansprakelijkheidsrecht. Gekozen is dan ook voor een beschrijving en analyse van twee verschillende *no fault*-systemen, één waarbij een uitkering kan volgen uit een patiëntenverzekering en één waarbij een uitkering kan volgen uit een schadevergoedingsfonds. Omdat deze alternatieven gebezigd worden in (onder meer) Zweden respectievelijk België, vindt de beschrijving plaats tegen de achtergrond van de wijze waarop deze landen hun alternatieve systeem hebben ingericht; verkend worden de *Patientskadelag* en de *Wet Medische Ongevallen* evenals het proces dat moet worden gevolgd om het verhaal te effectueren. Een aantal landen heeft niet gekozen voor een ander systeem, maar heeft getracht een verbetering te bereiken door binnen het klassieke (op schuld berustende) aansprakelijkheidsmodel enkele veranderingen aan te brengen. Oostenrijk bijvoorbeeld heeft zijn praktijk anders ingericht, terwijl Duitsland een aantal in de rechtspraak ontwikkelde bewijsvermoedens heeft gecodificeerd. Onderzocht worden

dan ook tevens het aansprakelijkheidsrecht zoals geregeld in het Oostenrijkse *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* en het Duitse *Bürgerliches Gesetzbuch*, alsmede de wijze waarop verhaal van schade in de Oostenrijkse respectievelijk Duitse praktijk plaatsvindt. Van elk alternatief wordt tot slot bezien welke verschillen zich aandienen ten opzichte van Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW en de Nederlandse praktijk ter zake verhaal van schade. Er wordt niet ingegaan op de vraag hoe deze landen de aansprakelijkheid van de producent voor gebrekkige producten regelen; door de Richtlijn inzake de aansprakelijkheid voor producten met gebreken (85/374/EEG) zijn de Europese rechtsstelsels immers geharmoniseerd.

Het onderzoek wordt vervolgd met een analyse van alternatieven die binnen Nederland kunnen worden gevonden (par. 10.3). In Nederland is reeds een aanvang gemaakt met een versterking van de rechtspositie van de patiënt door met dat doel een voorstel van wet aan de Tweede Kamer aan te bieden. Het eerste binnenlandse alternatief dat wordt onderzocht, betreft dan ook het wetsvoorstel Wet cliëntenrechten zorg, ondanks dat inmiddels duidelijk is dat dit wetsvoorstel in zijn oorspronkelijke vorm geen doorgang zal vinden. Redengevend is dat een aantal bepalingen ten grondslag zal komen te liggen aan nieuwe voorstellen die een wijziging van de rechtspositie van de patiënt beogen, maar met name is het interessant om te bezien of een materieelrechtelijke regeling zoals vervat in het wetsvoorstel Wet cliëntenrechten zorg tegemoet komt aan de gesignaleerde obstakels of aanknopingspunten biedt voor een oplossing van de huidige problematiek rondom het verhaal van zorggerelateerde schade. Daartoe vindt een beschrijving plaats van het voorgestelde materiële recht, in het bijzonder de invloed die het zou hebben gehad op de rechtsverhouding tussen de hulpverlener en de patiënt, de daaruit voortvloeiende plichten, de grondslag(en) voor aansprakelijkheid, de norm waaraan het gedrag van de hulpverlener wordt getoetst en de bewijslastverdeling ter zake de normschending en het *condicio sine qua non*-verband. Daarna wordt de voorgestelde klachten- en geschillenregeling beschreven die mede vorm zou hebben moeten geven aan het verhaal van zorggerelateerde schade in de praktijk. Gezien de omstandigheid dat recent het wetsvoorstel Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg is gepresenteerd – de ‘doorstart’ van in het bijzonder de klachten- en geschillenregeling uit het wetsvoorstel Wet cliëntenrechten zorg – wordt ook de voorgestelde nieuwe regeling beschreven.¹ Het recht op medezeggenschap en goed bestuur en de bestuurlijke handhaving door de Inspectie voor de Gezondheidszorg wordt buiten beschouwing gelaten, omdat het buiten het bestek van dit onderzoek valt.² Het tweede

1 Zie Kamerstukken II 2012/13, 32402, nr. 12 (Derde Nota van wijziging), bij brief van 15 april 2013 aangeboden aan de Tweede Kamer, evenals de toelichting op de wijziging.

2 Zie daarvoor Kamerstukken II 2009/10, 32402, nr. 3, p. 31-37, 52 e.v., 58, e.v., 63 e.v. en 67 e.v. (MvT). Zie over medezeggenschap voorts X.R. Ras en G.W. van der Voet, ‘Het wetsvoorstel cliëntenrechten zorg (Wcz): een versterking van medezeggenschapsrechten van de cliënt(enraad)?’, *TvGr* 2012, nr. 5, p. 390-405. Zie over goed bestuur voorts A.G.H. Klaassen, ‘Goed bestuur in de Wet cliëntenrechten zorg’, *TvGr* 2011, nr. 5, p. 372-388.

binnenlandse alternatief ziet op de wijze waarop verhaal van schade van slachtoffers van andersoortige gebeurtenissen is geregeld. Voor slachtoffers van arbeidsgerelateerde incidenten bijvoorbeeld geldt ter bescherming van de werknemer een van het gangbare aansprakelijkheidsregime afwijkende materieelrechtelijke regeling betreffende aansprakelijkheid van de werkgever. Ook de kwetsbare verkeersdeelnemer wordt ten opzichte van de gemotoriseerde verkeersdeelnemer bescherming geboden door een afwijkende materieelrechtelijke regeling betreffende de aansprakelijkheid van de eigenaar of houder van het motorrijtuig. Beschreven wordt dan ook hoe dat materiële recht is vormgegeven en hoe via dat materiële recht aansprakelijkheid van de werkgever respectievelijk de (gemotoriseerde) verkeersdeelnemer kan worden aangetoond. Gezien het bestek van het onderzoek en het doel van de beschrijving van het regime dat voor andere slachtoffers geldt, wordt volstaan met een beschrijving op hoofdlijnen van de rechtsverhouding, de grondslag voor aansprakelijkheid, de norm waaraan het gedrag van de werkgever respectievelijk verkeersdeelnemer wordt getoetst en de bewijslastverdeling ter zake de normschending en het *condicio sine qua non*-verband. Daarna volgt een korte beschrijving en analyse van het verhaal van schade in de praktijk. Onderzocht wordt tot slot of, en zo ja in hoeverre, het wetsvoorstel Wet cliëntenrechten zorg en het verhaal van schade van andere slachtoffers verschillen van de regeling van Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW en van het proces dat moet worden gevolgd om het verhaal van schade te effectueren.

Het hoofdstuk wordt afgesloten met een beschouwing van de verkende alternatieven en de opgemerkte verschillen (par. 10.4).

10.2 ALTERNATIEVEN BUITEN NEDERLAND

10.2.0 *Opmerkingen vooraf*

In deze paragraaf worden andere rechtsstelsels voor het verhaal van zorggerelateerde schade geschetst en onderzocht. Ingegaan wordt op het wettelijk kader van het alternatieve systeem en op de wijze waarop verhaal van schade in de praktijk plaatsvindt. Het eerste te onderzoeken rechtsstelsel is dat van Zweden. Verhaal van schade in Zweden gebeurt via een uitkering uit een patiëntenverzekering als aan bepaalde voorwaarden is voldaan (par. 10.2.1). Daarna wordt ingegaan op het rechtsstelsel van België. België kent een duaal stelsel met de mogelijkheid van een uitkering uit een schadevergoedingsfonds, ook wanneer een fout van de hulpverlener niet kan worden aangetoond (par. 10.2.2). Vervolgd wordt met een analyse van het rechtsstelsel van Oostenrijk. Oostenrijk heeft, net als Nederland, een aansprakelijkheidssysteem, maar kent een bijzondere praktijk van bemiddeling en arbitrage (par. 10.2.3). Tot slot wordt het rechtsstelsel van Duitsland geanalyseerd. Duitsland

kent evenzeer een aansprakelijkheidssysteem, maar bijzonder is dat in de materieelrechtelijke regeling ter zake aansprakelijkheid van de arts of het ziekenhuis een aantal bewijsvermoedens is geformuleerd. Ook de wijze waarop verhaal van schade in de praktijk plaatsvindt is afwijkend (par. 10.2.4). Afgesloten wordt met een analyse van de verschillen met Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW en het verhaal van schade in de praktijk (par. 10.2.5).

10.2.1 *Een (no fault) patiëntenverzekeringssysteem*

10.2.1.1 **Het wettelijk kader van het Zweedse (no fault) patiëntenverzekeringssysteem**

De vraag hoe een recht op vergoeding van schade aan patiënten moest worden vormgegeven, heeft in Zweden lange tijd ter discussie gestaan. Onderkend was dat patiënten moeite hadden met het aantonen van een fout van de zorgaanbieder en het verband tussen de fout en de schade van de patiënt. De procedure die moest worden gevolgd, was bovendien zeer kostbaar.³ De invoering in 1972 van de *Skadeståndslagen*, een aansprakelijkheidswet, bracht daarin niet veel verandering:⁴ (ook) deze wet gaat ervan uit dat de patiënt nalatigheid van de zorgaanbieder moet aantonen, evenals (zij het niet expliciet) het causaal verband met de schade.⁵ De bewijsproblemen bleven mitsdien gelijk. Het gevolg was dat slechts een honderdtal patiënten jaarlijks een vergoeding kreeg, terwijl het aantal geschatte incidenten (veel) hoger lag.⁶

Ondanks bezwaren tegen een speciaal regime werd in 1971 omwille van de moeilijkheden bij het verhaal van schade een aanvang gemaakt met een onderzoek naar een ander systeem.⁷ Dit resulteerde in een vergoedingsschema op basis van een vrijwillige collectieve verzekering voor vrijwel alle zorgaanbieders (ziekenhuizen en behandelcentra).⁸ Zorgaanbieders

3 C. Espersson, *The Patient Injury Act*, augustus 2000.

4 Wet van 2 juni 1972, SFS 1972:207 (gewijzigd bij Wet van 9 februari 2011, SFS 2010: 1458). Zie over deze wet ook P. Mielnicki en M. Schultz, 'Medical Liability in Sweden' in: B.A. Koch e.a., *Medical Liability in Europe*, Berlijn: De Gruyter 2011, p. 530.

5 P. Mielnicki en M. Schultz, 'Medical Liability in Sweden' in: B.A. Koch e.a., *Medical Liability in Europe*, Berlijn: De Gruyter 2011, p. 530-531 en V. Ulfbeck, M. Hartlev en M. Schultz, 'Malpractice in Scandinavia', *Chicago-Kent Law Review* vol. 87, no. 1, 2012, p. 115.

6 C. Espersson (juridisch adviseur Patientförsäkringsföreningen), *The Patient Injury Act*, augustus 2000.

7 Ondercompensatie voor de patiënt was ook in andere landen (Finland, Denemarken, Nieuw Zeeland) reden voor de keuze voor een no fault verzekeringssysteem, zie J.C.J. Dute, M.G. Faure en H. Koziol, *Onderzoek No-fault compensatiesysteem*, Reeks evaluatie regelgeving deel 13, Den Haag: Zonmw 2002, p. 183. Dit is anders in de VS en bijvoorbeeld Frankrijk waar het een antwoord is op een uit de hand gelopen aansprakelijkheidstelsel.

8 Dit gebeurde in 1975, zie C. Espersson, *The Patient Injury Act*, augustus 2000; K. Essinger (CEO LÖF), *The Swedish Medical Injury Insurance*, Report 20 februari 2009; V. Ulfbeck, M. Hartlev en M. Schultz, 'Malpractice in Scandinavia', *Chicago-Kent Law Review* vol. 87, no. 1, 2012, p. 114 en R.M.P.P. Cascão, *Prevention and*

accepteerden hiermee de verantwoordelijkheid om patiënten die schade hadden opgelopen tijdens een geneeskundige behandeling, te compenseren door een uitkering uit de collectieve verzekering. Het aantonen van een fout of nalatigheid was niet langer nodig. Wel bleef vereist dat de patiënt de vermijdbaarheid van de schade aantoonde, evenals het verband tussen de vermijdbare gebeurtenis en de schade.⁹

In 1997 werd het vrijwillige uitkeringsstelsel vervangen door de *Patientskadelag*, in werking getreden op 1 januari 1997 en thans nog steeds geldend recht.¹⁰ De *Patientskadelag* beoogt gezondheidsschade van patiënten, opgedaan tijdens het ontvangen van gezondheidszorg, te compenseren door middel van een verplichte patiëntenverzekering voor zorgaanbieders.¹¹ Het stelsel mag een *no fault* stelsel worden genoemd, omdat de arts niet wordt 'beschuldigd', maar daarvoor in de plaats op een derde – de verzekeraar – de plicht komt te rusten om schade te compenseren.¹² Zoals hierna nog zal blijken, betekent het echter niet dat de patiënt geen enkele fout hoeft aan te tonen.

Een vordering tot uitkering op grond van de *Patientskadelag* dient te worden ingediend binnen drie jaar nadat de patiënt zich bewust is geworden van de mogelijkheid om een vordering in te dienen en in elk geval binnen tien jaar nadat de schadeveroorzakende gebeurtenis heeft plaatsgevonden.¹³ Daarnaast (bijvoorbeeld omdat een vergoeding uit hoofde van de *Patientskadelag* niet mogelijk is of de vergoeding te laag) blijft een vordering uit hoofde van onrechtmatige daad mogelijk,¹⁴ doch van deze weg wordt, gezien de

Compensation of Treatment Injury: A Roadmap for Reform (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, p. 35.

9 C. Espersson, The Patient Injury Act, augustus 2000. Zie ook <www.patientforsakring.se/Bakgrund-historia>.

10 Wet van 19 juni 1996, SFS 1996:799. Hieraan voorafgaand is onderzoek verricht op initiatief van de Regering: SOU 1994:75. In de jaren negentig hebben ook Finland, Denemarken en Noorwegen een vergelijkbaar stelsel van een verplichte no fault verzekering opgezet. In Nieuw-Zeeland bestaat reeds sinds 1974 een no fault compensatiesysteem. Het Zweedse systeem is bovendien niet beperkt tot medische fouten. Een compensatiesysteem bestaat voor beroepsziekten, verkeersongevallen en letsels als gevolg van criminaliteit: B.F. Dufwa, 'The Swedish Model of Personal Injury Compensation Law Reconsidered', in: U. Magnus en J. Spier, European Tort Law, Liber Amicorum for Helmut Koziol, Peter Lan, Frankfurt am Main, 2000, p. 109-142. Zie ook J.C.J. Dute, M.G. Faure en H. Koziol, Onderzoek No-fault compensatiesysteem, Reeks evaluatie regelgeving deel 13, Den Haag: Zonmw 2002, p. 142-145.

11 De definities van gezondheidszorg en zorgaanbieder zijn geregeld in paragraaf 5 van de *Patientskadelag*. De verplichting tot verzekering volgt uit paragraaf 12 *Patientskadelag*. Heeft een zorgaanbieder verzuiimd om een verzekering af te sluiten dan geldt paragraaf 14 van de *Patientskadelag*: de verzekeraars zijn dan hoofdelijk aansprakelijk voor de schade van de patiënt. Zie ook paragraaf 15 en 16 voor de onderlinge verrekening. Zie nader J.C.J. Dute, M.G. Faure en H. Koziol, Onderzoek No-fault compensatiesysteem, Reeks evaluatie regelgeving deel 13, Den Haag: Zonmw 2002, p. 144.

12 J.C.J. Dute, M.G. Faure en H. Koziol, Onderzoek No-fault compensatiesysteem, Reeks evaluatie regelgeving deel 13, Den Haag: Zonmw 2002, p.

13 Zie paragraaf 23 van de *Patientskadelag*.

14 Zie paragraaf 18 van de *Patientskadelag*. Zie ook V. Ulfbeck, M. Hartlev en M. Schultz, 'Malpractice in Scandinavia', *Chicago-Kent Law Review* vol. 87, no. 1, 2012, p. 116.

bewijslastverdeling, nauwelijks gebruik gemaakt.¹⁵ Contractuele aansprakelijkheid is niet aan de orde: doorgaans sluiten de arts en de patiënt geen overeenkomst.¹⁶

In paragraaf 6 van de *Patientskadelag* is geregeld onder welke voorwaarden de verzekeraar aan de patiënt een uitkering moet doen.¹⁷ Bepaald is dat uitkering volgt wanneer er een grote kans bestaat dat de gezondheidsschade van de patiënt op Zweeds grondgebied is veroorzaakt door:¹⁸

1. onderzoek, zorg, behandeling of een andere soortgelijke handeling, op voorwaarde dat de schade had kunnen worden vermeden door de behandeling anders uit te voeren of door een andere behandeling te kiezen die – achteraf bezien – vanuit medisch oogpunt ook zou hebben voorzien in de noodzakelijke behoefte aan zorg zij het met een kleiner risico op schade;¹⁹
2. falen van een medisch hulpmiddel of medische apparatuur gebruikt voor onderzoek, zorg, behandeling, of een soortgelijke handeling of door onjuist gebruik van het hulpmiddel of de apparatuur;²⁰
3. het op onjuiste wijze stellen van een diagnose;²¹
4. overdracht van besmettelijke materie, die tot een infectie heeft geleid bij het onderzoek, de zorg, de behandeling, of een soortgelijke handeling;²²

15 P. Mielnicki en M. Schultz, 'Medical Liability in Sweden' in: B.A. Koch e.a., *Medical Liability in Europe*, Berlijn: De Gruyter 2011, p. 530-531. Zie ook J.C.J. Dute, M.G. Faure en H. Koziol, *Onderzoek No-fault compensatiesysteem*, Reeks evaluatie regelgeving deel 13, Den Haag: Zonmw 2002, p. 143-144.

16 P. Mielnicki en M. Schultz, 'Medical Liability in Sweden' in: B.A. Koch e.a., *Medical Liability in Europe*, Berlijn: De Gruyter 2011, p. 534.

17 Onder 'patiënt' valt ook de persoon die vrijwillig meedoet aan medisch onderzoek of die een orgaan of ander biologisch materiaal voor transplantatie of andere medische doeleinden doneert, aldus paragraaf 2 van de *Patientskadelag*.

18 Zie paragraaf 3 van de *Patientskadelag*. Het criterium 'op Zweeds grondgebied' wordt strikt toegepast, zie J.C.J. Dute, M.G. Faure en H. Koziol, *Onderzoek No-fault compensatiesysteem*, Reeks evaluatie regelgeving deel 13, Den Haag: Zonmw 2002, p. 153.

19 Zie hierover ook H. Johansson, 'The Swedish system for compensation of patient injuries', *Uppsala Journal of Medical Sciences* 2010, 115 (2), p. 88-90 en V. Ulfbeck, M. Hartlev en M. Schultz, 'Malpractice in Scandinavia', *Chicago-Kent Law Review* vol. 87, no. 1, 2012, p. 119-120.

20 Ziekenhuisbedden zijn uitgesloten, zie J.C.J. Dute, M.G. Faure en H. Koziol, *Onderzoek No-fault compensatiesysteem*, Reeks evaluatie regelgeving deel 13, Den Haag: Zonmw 2002, p. 152 en V. Ulfbeck, M. Hartlev en M. Schultz, 'Malpractice in Scandinavia', *Chicago-Kent Law Review* vol. 87, no. 1, 2012, p. 118.

21 Zie ook V. Ulfbeck, M. Hartlev en M. Schultz, 'Malpractice in Scandinavia', *Chicago-Kent Law Review* vol. 87, no. 1, 2012, p. 121.

22 Dit met uitzondering van de gevallen waarin de omstandigheden zodanig zijn dat de infectie redelijkerwijs moet worden getolereerd, aldus paragraaf 6 *Patientskadelag*. Zie ook V. Ulfbeck, M. Hartlev en M. Schultz, 'Malpractice in Scandinavia', *Chicago-Kent Law Review* vol. 87, no. 1, 2012, p. 121.

5. een ongeval in verband met het onderzoek, de zorg, de behandeling, of een soortgelijke handeling of tijdens het vervoer van de patiënt of in verband met een brand of andere schade aan de gezondheidsfaciliteiten of apparatuur;²³ of
6. het voorschrijven of verstrekken van geneesmiddelen in strijd met voorschriften of aanbevelingen.²⁴

Onder de dekking valt ook behandeling in het kader van medisch-wetenschappelijk onderzoek. Behandeling door alternatieve genezers valt er echter niet onder.²⁵

Ingevolge paragraaf 7 van de *Patientskadelag* is schade die het gevolg is van een noodzakelijke procedure betreffende de diagnosestelling of behandeling van de ziekte of het letsel van de patiënt en welke ziekte of welk letsel zonder behandeling direct levensbedreigend is of leidt tot ernstige invaliditeit van het recht op uitkering uit de verzekering uitgezonderd. Uitgezonderd van een recht op uitkering is tevens schade veroorzaakt door medicatie anders dan onder de omstandigheden als bedoeld in paragraaf 6 onder 6.

Het aantonen van een fout of nalatigheid van de (behandelend) zorgaanbieder is niet vereist.²⁶ Uit de wettekst kan echter worden afgeleid dat het wel aan de patiënt is om de vermijdbaarheid van de schade aan te tonen of dat zich een van de andere situaties als bedoeld in paragraaf 6 heeft voorgedaan.²⁷ Vermijdbaarheid van schade door een andere uitvoering van behandeling of door een andere keuze van behandeling is evenwel, net als een normschending door de hulpverlener, niet eenvoudig aan te tonen. Dit is dan ook vaak de reden voor een eventuele afwijzing van de vordering, zoals hierna nog wordt toegelicht. Wat het aantonen van een recht op een vergoeding uit de patiëntenverzekering enigszins vergemakkelijkt is de professionele standaard waaraan het handelen van de arts wordt getoetst: ter bepaling van het recht op vergoeding van schade ingevolge 1 en 3 is van toepassing de standaard van zorg die van een *ervaren* specialist of andere *ervaren* beoefenaar in het veld

23 Zie ook V. Ulfbeck, M. Hartlev en M. Schultz, 'Malpractice in Scandinavia', *Chicago-Kent Law Review* vol. 87, no. 1, 2012, p. 121.

24 Uit onderzoek blijkt dat deze criteria niet uniek zijn voor het Zweedse systeem. De meeste patiëntverzekeringen hanteren de genoemde 6 punten ter beoordeling van een recht op uitkering, zie J.C.J. Dute, M.G. Faure en H. Koziol, Onderzoek No-fault compensatiesysteem, Reeks evaluatie regelgeving deel 13, Den Haag: Zonmw 2002, p. 101 en 148.

25 J.C.J. Dute, M.G. Faure en H. Koziol, Onderzoek No-fault compensatiesysteem, Reeks evaluatie regelgeving deel 13, Den Haag: Zonmw 2002, p. 151-152.

26 Zie ook P. Mielnicki en M. Schultz, 'Medical Liability in Sweden' in: B.A. Koch e.a., *Medical Liability in Europe*, Berlijn: De Gruyter 2011, p. 532.

27 C. Espersson, *The Patient Injury Act*, augustus 2000. Zie hierover ook J.C.J. Dute, M.G. Faure en H. Koziol, Onderzoek No-fault compensatiesysteem, Reeks evaluatie regelgeving deel 13, Den Haag: Zonmw 2002, p. 180.

mag worden verwacht.²⁸ De standaard ligt dus hoger dan de standaard in Nederland, die uitgaat van een gemiddelde en waarbij ervaring in positieve noch negatieve zin van belang is.²⁹

Uit de wettekst kan voorts worden afgeleid dat de patiënt moet aantonen dat er een *condicio sine qua non*-verband bestaat tussen zijn schade en een van de (verwezenlijke) gevallen als bedoeld onder 1 tot en met 6 van paragraaf 6 van de *Patientskadelag*.³⁰ Net als in Nederland is een grote mate van waarschijnlijkheid van een verband tussen het incident en de schade van de patiënt (meer dan 50% zekerheid) voldoende voor een recht op uitkering.³¹ Toch is het vaststellen van het causaal verband tussen in het bijzonder een gebeurtenis als bedoeld onder 1 van paragraaf 6 en de schade van de patiënt niet zonder problemen.

Ter illustratie geldt het volgende voorbeeld. De patiënt dient aan de hand van het waarschijnlijkheidscriterium het *condicio sine qua non*-verband tussen de medische handeling en de aantasting van zijn gezondheid aan te tonen. Vervolgens wordt aan de hand van de maatstaf van de ervaren specialist vastgesteld of de uitgevoerde behandeling medisch geïndiceerd was. Is dat het geval, dan wordt – wederom aan de hand van de maatstaf van de ervaren specialist – beoordeeld of de gekozen behandelingsmethode ook de juiste was. Is ook dit het geval, dan resteert de beoordeling of het mogelijk was geweest de gezondheidsschade te vermijden door een andere behandeling of een andere techniek of methode te kiezen. Dit is een beoordeling achteraf, waarbij alle relevante feiten en omstandigheden moeten worden betrokken. Opvallend is dat niet van belang is of deze feiten en omstandigheden op het moment van de behandeling bekend waren. Van een aanvaardbaar alternatief is sprake als dit aan de behoefte van de patiënt beantwoordt, minder gevaarlijk zou zijn geweest en beschikbaar was op het moment dat de behandeling werd toegepast. Uit onderzoek is gebleken dat in het bijzonder de beoordeling achteraf problema-

28 Paragraaf 6 Patientskadelag. Zie ook C. Espersson, *The Patient Injury Act*, augustus 2000 en V. Ulfbeck, M. Hartlev en M. Schultz, 'Malpractice in Scandinavia', *Chicago-Kent Law Review* vol. 87, no. 1, 2012, p. 117.

29 Zie voor Nederland hoofdstuk 4, par. 4.2. Zie over de standaard in Zweden ook J.C.J. Dute, M.G. Faure en H. Koziol, *Onderzoek No-fault compensatiesysteem*, Reeks evaluatie regelgeving deel 13, Den Haag: Zonmw 2002, p.153.

30 Zie voor het vereiste van een *condicio sine qua non*-verband ook V. Ulfbeck, M. Hartlev en M. Schultz, 'Malpractice in Scandinavia', *Chicago-Kent Law Review* vol. 87, no. 1, 2012, p. 122-125.

31 Zie ook P. Mielnicki en M. Schultz, 'Medical Liability in Sweden' in: B.A. Koch e.a., *Medical Liability in Europe*, Berlijn: De Gruyter 2011, p. 533; C. Espersson, *The Patient Injury Act*, augustus 2000 en J.C.J. Dute, M.G. Faure en H. Koziol, *Onderzoek No-fault compensatiesysteem*, Reeks evaluatie regelgeving deel 13, Den Haag: Zonmw 2002, p.154.

tisch kan zijn. Het probleem zit hem hierin dat er maar zelden alternatieven zullen zijn die geen enkel risico met zich meebrengen.³²

De illustratie toont dat het Zweedse systeem nauwelijks afwijkt van het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht.³³ Een zuiverder *no fault* systeem – dekking wordt ook verleend voor bepaalde vormen van *niet vermijdbare* schade – bestaat in Nieuw Zeeland, Noorwegen, Finland en Denemarken.³⁴

Opvallend is tot slot dat de *Patiëntskadelag* niets regelt over gezondheidsschade die het gevolg is van *informed consent*.³⁵ De verplichting de patiënt te informeren volgt uit paragraaf 6 van de *Patiëntssäkerhetslag*, een wet waarin uiteenlopende onderwerpen betreffende de veiligheid van gezondheidszorg wordt geregeld.³⁶ Compensatie wegens schending van deze verplichting werd onnodig geacht, gezien het feit dat een vergoeding plaatsvindt wanneer de patiënt aannemelijk weet te maken dat een andere behandeling de schade had doen voorkomen (paragraaf 6, onder 1).³⁷

Bestaat er op grond van de *Patientaskadelag* een recht op vergoeding van schade, dan wordt ingevolge paragraaf 8 van de *Patientaskadelag* de omvang van de vergoeding bepaald aan de hand van hoofdstuk 5, paragraaf 1-5 en hoofdstuk 6, paragraaf 1 van de *Skadeståndslagen*. De patiënt heeft recht op vergoeding van zowel materiële als immateriële schade (paragraaf 1).³⁸ Het doel van deze bepalingen is om de patiënt te herstellen in de financiële

32 L. Wendel, 'No-fault Compensation System, Landenrapport Zweden', in: J.C.J. Dute, M.G. Faure en H. Koziol, Onderzoek No-fault compensatiesysteem, Reeks evaluatie regelgeving deel 13, Den Haag: Zonmw 2002, p. 154-155. Zie in dezelfde zin V. Ulfbeck, M. Hartlev en M. Schultz, 'Malpractice in Scandinavia', *Chicago-Kent Law Review* vol. 87, no. 1, 2012, p. 122 en R.M.P.P. Cascão, *Prevention and Compensation of Treatment Injury: A Roadmap for Reform* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, p. 73.

33 J.C.J. Dute, M.G. Faure en H. Koziol, Onderzoek No-fault compensatiesysteem, Reeks evaluatie regelgeving deel 13, Den Haag: Zonmw 2002, p. 192 en 228.

34 J.C.J. Dute, M.G. Faure en H. Koziol, Onderzoek No-fault compensatiesysteem, Reeks evaluatie regelgeving deel 13, Den Haag: Zonmw 2002, p. 159 en 228-229. Voor vergoeding in die gevallen is vereist dat de schade ernstig en zeldzaam is.

35 Zie in die zin ook J.C.J. Dute, M.G. Faure en H. Koziol, Onderzoek No-fault compensatiesysteem, Reeks evaluatie regelgeving deel 13, Den Haag: Zonmw 2002, p. 101 en R.M.P.P. Cascão, *Prevention and Compensation of Treatment Injury: A Roadmap for Reform* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, p. 64.

36 Wet van 17 juni 2010, SFS 2010:659. Zie ook P. Mielnicki en M. Schultz, 'Medical Liability in Sweden' in: B.A. Koch e.a., *Medical Liability in Europe*, Berlijn: De Gruyter 2011, p. 534 en C. Espersson, *The Patient Injury Act*, augustus 2000.

37 P. Mielnicki en M. Schultz, 'Medical Liability in Sweden' in: B.A. Koch e.a., *Medical Liability in Europe*, Berlijn: De Gruyter 2011, p. 535 en C. Espersson, *The Patient Injury Act*, augustus 2000.

38 Zie ook P. Mielnicki en M. Schultz, 'Medical Liability in Sweden' in: B.A. Koch e.a., *Medical Liability in Europe*, Berlijn: De Gruyter 2011, p. 536-539; C. Espersson, *The Patient Injury Act*, augustus 2000 en J.C.J. Dute, M.G. Faure en H. Koziol, Onderzoek No-fault compensatiesysteem, Reeks evaluatie regelgeving deel 13, Den Haag: Zonmw 2002, p. 156.

situatie zoals die zou zijn, ware het incident nooit voorgevallen.³⁹ Immateriële schade wordt doorgaans vergoed volgens gestandaardiseerde bedragen.⁴⁰ Ook vergoeding van integriteitsschade door schending van het zelfbeschikkingsrecht (*kränkning*) behoort tot de mogelijkheden, met dien verstande dat nog niet volledig duidelijk is of de enkele aantasting van het zelfbeschikkingsrecht door het onvoldoende informeren van de patiënt voldoende is voor een vergoeding.⁴¹ Derden die de patiënt hebben bijgestaan en nabestaanden hebben eveneens een recht op vergoeding van hun schade, waaronder ook een vergoeding van psychische schade (paragraaf 1 en 2).⁴²

Vergoeding van schade vindt voorts plaats met inachtneming van de beperkingen bepaald in paragraaf 9-11 van de *Patientskadelag*. Dit komt er op neer dat bij uitbetaling van de schadevergoeding een twintigste van het basisbedrag als bedoeld in de *Lag om allmän försäkring*, een wet die op verzekeringen in het algemeen ziet,⁴³ in mindering wordt gebracht. Daarnaast is een beperking aangebracht door per schadegeval een maximum van 1.000 keer het basisbedrag als bedoeld in de *Lag om allmän försäkring* uit te keren. Dit basisbedrag bedroeg in 2012 SEK 44.000, oftewel ongeveer € 5.000 en bedraagt in 2013 SEK 44.500, oftewel ongeveer € 5.185.⁴⁴ Voor elk incident is het bedrag dat aan de patiënt kan worden uitgekeerd ten hoogste een bedrag van 200 maal datzelfde basisbedrag. Dit komt neer op een bedrag van ongeveer € 1.000.000. De bedragen bevatten geen rente of juridische kosten.⁴⁵ In dit verband zij nog opgemerkt dat de patiëntenverzekering dient te worden gezien tegen de achtergrond van het uitgebreide sociale stelsel dat Zweden kent. Schade wordt niet alleen gecompenseerd door de patiëntenverzekering, maar ook door het sociale vangnet. Uitkeringen op grond van de patiëntenverzekering worden verminderd met hetgeen is verkregen uit het stelsel van sociale zekerheid. In de praktijk komt het erop neer dat het grootste deel van de vergoeding uit de patiëntenverzekering betrekking heeft op immateriële schade.⁴⁶

39 Aldus de aanhef bij de Skadeståndslagen.

40 P. Mielnicki en M. Schultz, 'Medical Liability in Sweden' in: B.A. Koch e.a., *Medical Liability in Europe*, Berlijn: De Gruyter 2011, p. 538.

41 P. Mielnicki en M. Schultz, 'Medical Liability in Sweden' in: B.A. Koch e.a., *Medical Liability in Europe*, Berlijn: De Gruyter 2011, p. 539.

42 Zie ook P. Mielnicki en M. Schultz, 'Medical Liability in Sweden' in: B.A. Koch e.a., *Medical Liability in Europe*, Berlijn: De Gruyter 2011, p. 540.

43 Wet van 25 mei 1962, SFS 1962:381

44 Centraal Bureau Statistiek Zweden SCB: <www.scb.se>.

45 Een en ander ingevolge de laatste wijziging (1 januari 2011) van de *Patientskadelag*, SFS 2010:1265. Zie ook P. Mielnicki en M. Schultz, 'Medical Liability in Sweden' in: B.A. Koch e.a., *Medical Liability in Europe*, Berlijn: De Gruyter 2011, p. 537.

46 J.C.J. Dute, M.G. Faure en H. Koziol, *Onderzoek No-fault compensatiesysteem*, Reeks evaluatie regelgeving deel 13, Den Haag: Zonmw 2002, p. 145.

10.2.1.2 Verhaal van schade in de Zweedse praktijk

Ziekenhuizen en behandelcentra zijn in Zweden in eigendom van een van de 21 *län*, een soort provincie.⁴⁷ De meeste hulpverleners zijn in dienst van deze ziekenhuizen of behandelcentra. Met enkele andere zorgaanbieders, zoals huisartsen en private ziekenhuizen, hebben de *län* een contract. De *län* zijn verantwoordelijk voor de gezondheidszorg en mitsdien ook voor de compensatie van de vorderingen van de patiënt uit hoofde van de *Patientskadela*.⁴⁸ De *län* maken daartoe gebruik van een vereniging van verzekeringsmaatschappijen, de *Landstingens Ömsesidiga Försäkringsbolag* (LÖF).⁴⁹ De *län* betalen een premie die in relatie staat tot het aantal inwoners in de desbetreffende *län*.⁵⁰ Benadrukt wordt dat hoewel een klassieke patiëntenverzekering door de patiënt zou moeten worden betaald, er in Zweden dus voor is gekozen om de zorginstellingen hiervoor te laten betalen, waarmee het probleem van de, aannemelijke, 'niet verkoopbaarheid' van het verzekeringsproduct is omzeild.⁵¹ De patiëntenverzekering dekt alle ziekenhuizen en zorgcentra die in eigendom zijn van de *län* of daarmee een contract hebben. Nog acht private verzekeraars dekken de zelfstandig werkende artsen, zoals huisartsen, tandartsen en verzorgingstehuizen.⁵²

Jaarlijks dienen ongeveer 10.000 patiënten een vordering in bij het LÖF.⁵³ Het LÖF op haar beurt heeft een contract afgesloten met het bedrijf *Patientskadereglering AB* (PSR),

47 P. Mielnicki en M. Schultz, 'Medical Liability in Sweden' in: B.A. Koch e.a., *Medical Liability in Europe*, Berlijn: De Gruyter 2011, p. 525. Zie ook K. Essinger (CEO LÖF), *The Swedish Medical Injury Insurance*, Report 20 februari 2009: er zijn 70 ziekenhuizen.

48 P. Mielnicki en M. Schultz, 'Medical Liability in Sweden' in: B.A. Koch e.a., *Medical Liability in Europe*, Berlijn: De Gruyter 2011, p. 525; V. Ulfbeck, M. Hartlev en M. Schultz, 'Malpractice in Scandinavia', *Chicago-Kent Law Review* vol. 87, no. 1, 2012, p. 115 en K. Essinger (CEO LÖF), *The Swedish Medical Injury Insurance*, Report 20 februari 2009.

49 V. Ulfbeck, M. Hartlev en M. Schultz, 'Malpractice in Scandinavia', *Chicago-Kent Law Review* vol. 87, no. 1, 2012, p. 114-115.

50 K. Essinger (CEO LÖF), *The Swedish Medical Injury Insurance*, Report 20 februari 2009.

51 Zie hierover ook J.C.J. Dute, M.G. Faure en H. Koziol, *Onderzoek No-fault compensatiesysteem*, Reeks evaluatie regelgeving deel 13, Den Haag: Zonmw 2002, p. 63 en 143.

52 P. Mielnicki en M. Schultz, 'Medical Liability in Sweden' in: B.A. Koch e.a., *Medical Liability in Europe*, Berlijn: De Gruyter 2011, p. 529; K. Essinger (CEO LÖF), *The Swedish Medical Injury Insurance*, Report 20 februari 2009 en H. Johansson, 'The Swedish system for compensation of patient injuries', *Uppsala Journal of Medical Sciences* 2010, 115 (2), p. 88-90. Zie ook <www.patientforsakring.se>. Zie ook J.C.J. Dute, M.G. Faure en H. Koziol, *Onderzoek No-fault compensatiesysteem*, Reeks evaluatie regelgeving deel 13, Den Haag: Zonmw 2002, p. 145.

53 Statistik för Landstingens Ömsesidiga försäkringsbolag för 1997-2004, zie <www.patientforsakring.se>. Uit onderzoek zou overigens blijken dat in 30.000 gevallen sprake is van onbedoelde schade: H. Johansson, 'The Swedish system for compensation of patient injuries', *Uppsala Journal of Medical Sciences* 2010, 115 (2), p. 88-90, met verwijzing naar E.J. Thomas e.a., *Incidence and types of adverse events and negligent care in Utah and Colorado*, *Medical Care* 2000 vol. 38(3), p. 261-271, ook aangehaald in hoofdstuk 1 van dit onderzoek. In 2011 waren er 12.000 vorderingen aldus V. Ulfbeck, M. Hartlev en M. Schultz, 'Malpractice in Scandinavia', *Chicago-Kent Law Review* vol. 87, no. 1, 2012, p. 128.

dat de vorderingen van de patiënt afhandelt.⁵⁴ Het LÖF, althans het PSR, beoordeelt vervolgens of de schade vermijdbaar was en toetst daarbij aan de professionele standaard.⁵⁵ Ter beoordeling wordt het medisch dossier opgevraagd bij de behandelend arts(en). De stukken worden beoordeeld door een persoon met een medisch-juridische achtergrond, zulks in overleg met een medisch adviseur (*medicinsk rådgivare*). Deze adviseur dient deskundig te zijn op het medisch gebied waarop de vordering van de patiënt betrekking heeft. De beoordeling van de vordering geschiedt uiteindelijk door de eerder genoemde persoon met medisch-juridische achtergrond. Ook de omvang van de schade wordt door deze persoon (bij het bereiken van de medische eindtoestand) vastgesteld aan de hand van bij de patiënt op te vragen schadestukken. Aan de procedure zijn geen kosten verbonden (behoudens bijvoorbeeld eventuele eigen kosten voor advies van een advocaat).⁵⁶ Komt het tot een uitkering, dan heeft de uitkerende verzekeraar het recht om in geval van opzet of nalatigheid de uitkering te verhalen op de zorgaanbieder die de behandeling uitvoerde.⁵⁷

Ongeveer 4.300 patiënten – dus minder dan de helft – ontvangen een uitkering uit de verzekering van de verzekeraar.⁵⁸ De meest voorkomende reden om een vordering af te wijzen is gelegen in het feit dat de patiënt er niet in slaagt om aan te tonen dat de schade te voorkomen was.⁵⁹

Wanneer de patiënt niet tevreden is met de uitkering door het LÖF (in ongeveer 1.000 gevallen), heeft hij ingevolge paragraaf 17 van de *Patientskadelag* de mogelijkheid om – binnen zes maanden na de beslissing⁶⁰ – een vordering in te dienen bij een onafhankelijke adviesraad, de *Patientskadenämnden*.⁶¹ Aan deze procedure zijn geen kosten verbonden

54 P. Mielnicki en M. Schultz, 'Medical Liability in Sweden' in: B.A. Koch e.a., *Medical Liability in Europe*, Berlijn: De Gruyter 2011, p. 529. Zie ook J.C.J. Dute, M.G. Faure en H. Koziol, *Onderzoek No-fault compensatiesysteem*, Reeks evaluatie regelgeving deel 13, Den Haag: Zonmw 2002, p. 103.

55 Zie voor een beschrijving van de procedure in de praktijk ook R.M.P.P. Cascão, *Prevention and Compensation of Treatment Injury: A Roadmap for Reform* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, p. 37.

56 Zie K. Essinger (CEO LÖF), *The Swedish Medical Injury Insurance*, Report 20 februari 2009. Zie ook <www.patientforsakring.se>.

57 Paragraaf 20 van de *Patientskadelag*.

58 K. Essinger (CEO LÖF), *The Swedish Medical Injury Insurance*, Report 20 februari 2009; C. Espersson, *The Patient Injury Act*, juridisch adviseur Patientförsäkringsföreningen, augustus 2000; H. Johansson, 'The Swedish system for compensation of patient injuries', *Uppsala Journal of Medical Sciences* 2010, 115 (2), p. 88-90 en H. Johansson, 'Patientskadenämnden säkrar Patientskadelagens tillämpning', *Läkartidningen* nr. 49, 2006, p. 3923-3927. Dat de verzekeraar de uitkering moet doen volgt uit paragraaf 13 *Patientskadelag*. Zie voor cijfers en statistieken <www.patientforsakring.se/Arlig-statistik>.

59 K. Essinger (CEO LÖF), *The Swedish Medical Injury Insurance*, Report 20 februari 2009.

60 Paragraaf 23 van de *Patientskadelag*.

61 Deze raad is opgericht in 1975. Zie <www.pff.se>. Zie voorts P. Mielnicki en M. Schultz, 'Medical Liability in Sweden' in: B.A. Koch e.a., *Medical Liability in Europe*, Berlijn: De Gruyter 2011, p. 536 en 541; H. Johansson, 'The Swedish system for compensation of patient injuries', *Uppsala Journal of Medical Sciences*

en bijstand door een advocaat is niet nodig (zijn kosten worden ook niet vergoed).⁶² De *Patientskadenämnden* bestaat uit een voorzitter (dit is een rechter), drie leden die de belangen van patiënten in het algemeen behartigen, een medisch deskundige, een deskundige op het gebied van de gezondheidszorg en een deskundige op het gebied van de wijze van afhandeling van aanspraken door de verzekeraars. De leden worden, met uitzondering van het verzekeringslid, benoemd door de Regering van Zweden.⁶³ De *Patientskadenämnden* honoreert ongeveer 100 van de 1.000 vorderingen en doet het LÖF de aanbeveling om zijn oordeel bij te stellen.⁶⁴ Het advies van de *Patientskadenämnden* wordt tot dusver, ondanks het niet bindende karakter, altijd door het LÖF opgevolgd.⁶⁵

Daarnaast heeft de patiënt het recht om zijn vordering voor te leggen aan de rechter. Dit gebeurt in ongeveer 10 tot 15 gevallen per jaar. In één tot twee gevallen volgt een toewijzing.⁶⁶ Een procedure is voor de patiënt niet kosteloos en juridische bijstand is verplicht.⁶⁷

10.2.2 Een twee-sporensysteem met een no fault schadefonds

10.2.2.1 Het wettelijk kader van het Belgische twee-sporensysteem⁶⁸

De vraag hoe een recht op vergoeding van schade aan patiënten moest worden vormgegeven heeft, net als in Zweden, ook in België lange tijd ter discussie gestaan, waarbij met name de vraag centraal stond of in België een *no fault* systeem zou moeten worden ingevoerd.⁶⁹ Aanleiding voor de discussie waren de onduidelijkheid over de aansprakelijk te stellen partij en de bewijslastverdeling (de patiënt diende aansprakelijkheid en causaal verband

2010, 115 (2), p. 88-90; H. Johansson, 'Patientskadenämnden säkrar Patientskadelagens tillämpning', *Läkartidningen* nr. 49 2006, p. 3923-3927; R.M.P.P. Cascão, *Prevention and Compensation of Treatment Injury: A Roadmap for Reform* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, p. 38 en J.C.J. Dute, M.G. Faure en H. Koziol, *Onderzoek No-fault compensatiesysteem*, Reeks evaluatie regelgeving deel 13, Den Haag: Zonmw 2002, p. 103.

62 J.C.J. Dute, M.G. Faure en H. Koziol, *Onderzoek No-fault compensatiesysteem*, Reeks evaluatie regelgeving deel 13, Den Haag: Zonmw 2002, p. 147.

63 Zie <www.pff.se>. Zie voorts H. Johansson, 'The Swedish system for compensation of patient injuries', *Uppsala Journal of Medical Sciences* 2010, 115 (2), p. 88-90.

64 Zie voor cijfers en statistieken <www.patientforsakring.se/Arlig-statistik>.

65 H. Johansson, 'The Swedish system for compensation of patient injuries', *Uppsala Journal of Medical Sciences* 2010, 115 (2), p. 88-90 en K. Essinger (CEO LÖF), *The Swedish Medical Injury Insurance*, Report 20 februari 2009.

66 K. Essinger (CEO LÖF), *The Swedish Medical Injury Insurance*, Report 20 februari 2009 en J.C.J. Dute, M.G. Faure en H. Koziol, *Onderzoek No-fault compensatiesysteem*, Reeks evaluatie regelgeving deel 13, Den Haag: Zonmw 2002, p. 103.

67 J.C.J. Dute, M.G. Faure en H. Koziol, *Onderzoek No-fault compensatiesysteem*, Reeks evaluatie regelgeving deel 13, Den Haag: Zonmw 2002, p. 146.

68 Zie voor een uiteenzetting ook T. Vanswevelt, *Ontwikkelingen rond medische aansprakelijkheid in België*, Preadvies Vereniging voor Gezondheidsrecht, Den Haag: Sdu Uitgevers 2013, p. 105-128.

69 Parl. St. Kamer 2009/10, 2240/001, p. 5-9.

te bewijzen), wat de afloop van een proces onzeker en onvoorspelbaar maakte. Bovendien bleken de kosten en de duur van een proces de patiënt parten te spelen.⁷⁰ Het vooruitzicht van hoge kosten en een slepend proces met onzekere uitkomst, ontmoedigde heel wat patiënten om gerechtelijk tegen een zorgaanbieder op te treden. Uit enquêtes bleek bovendien dat 40% van de patiënten in de loop van de procedure opgaven.⁷¹ Ook voor de zorgaanbieder bleek het toenmalige Belgische aansprakelijkheidssysteem problemen met zich te brengen: de negatieve publiciteit en de aantasting van de reputatie van de zorgaanbieder, de psychische belasting en het tijdsverlies dat gepaard ging met een gerechtelijke procedure, alsook de mogelijke gevolgen op disciplinair of strafrechtelijk vlak, vormden stuk voor stuk een obstakel. Een en ander had tot gevolg dat er meer en meer een cultuur van defensieve geneeskunde ontstond.⁷² Tot slot werden ook problemen signaleerd op de verzekeringsmarkt: meerdere verzekeraars trokken zich van de markt terug of boden geen rechtsbijstandsverzekering meer aan voor de categorieën met de hoogste risico's. Andere verzekeraars verhoogden de verzekeringspremies in aanzienlijke mate.⁷³

De problematiek leidde ertoe dat meerdere voorstellen werden geformuleerd om tot invoering van een *no fault* systeem te komen. In 1996 stelde een universitaire werkgroep voor om een patiëntenverzekering in te voeren voor medische ongevallen. Het betrof een patiëntenverzekering, gefinancierd door de zorgaanbieders, waarin bij abnormale schade – een fout aantonen was niet nodig – een gelimiteerde uitkering uit verzekering zou volgen. Of daarnaast het aansprakelijkheidssysteem moest blijven bestaan, werd aan de politiek overgelaten.⁷⁴ In de periode nadien werden verschillende voorontwerpen van wet ingediend, maar tot een aanname kwam het niet tot 15 mei 2007. Op die datum werden twee wetten aangenomen: één betreffende de vergoeding van schade als gevolg van gezondheidszorg, de Wet Medische Schadegevallen, en één betreffende de regeling van de geschillen in het kader van die wet.⁷⁵ De Wet Medische Schadegevallen voerde een *no fault* systeem in: de vergoeding van de medische schade kende als enige voorwaarde dat er schade was voort-

70 Zie ook E. de Kezel, 'Vergoeding van medische schade in België: het nieuwe tweesporensysteem', *TVP* 2009, nr. 4, p. 139-150.

71 Parl. St. Kamer 2009/10, 2240/001, p. 6-7.

72 Parl. St. Kamer 2009/10, 2240/001, p. 7.

73 Parl. St. Kamer 2009/10, 2240/001, p. 7. Zie voor de problematiek in België ook T. Vansweevelt, *Ontwikkelingen rond medische aansprakelijkheid in België*, Preadvies Vereniging voor Gezondheidsrecht, Den Haag: Sdu Uitgevers 2013, p. 91-94.

74 H. Bocken e.a., *Vergoeding van slachtoffers van medische ongevallen. Praktijkgerichte analyse van de wet van 31 maart 2010*, Antwerpen-Cambridge: Intersentia 2011, p. 7-8 en T. Vansweevelt, *Ontwikkelingen rond medische aansprakelijkheid in België*, Preadvies Vereniging voor Gezondheidsrecht, Den Haag: Sdu Uitgevers 2013, p. 96-97.

75 Wet van 15 mei 2007 betreffende de vergoeding van schade als gevolg van gezondheidszorg, B.S. 6 juli 2007. Zie over deze wet ook E. de Kezel, 'Vergoeding van medische schade in België: het nieuwe tweesporensysteem', *TVP* 2009, nr. 4, p. 139-150 en T. Vansweevelt, *Ontwikkelingen rond medische aansprakelijkheid in België*, Preadvies Vereniging voor Gezondheidsrecht, Den Haag: Sdu Uitgevers 2013, p. 99-101.

gevloeid uit een zorgprestatie. De patiënt zou een fout van de arts of een oorzakelijk verband tussen de fout en de schade niet hoeven aantonen. Het aansprakelijkheidsrecht zou volledig opzij worden gezet.⁷⁶ De wet moest op 1 januari 2008 in werking treden, maar dit werd uitgesteld tot 1 januari 2009.

Uiteindelijk bleek de vele kritiek de wet fataal: de Wet Medische Schadegevallen werd opgeheven en daarvoor in de plaats kwam op 31 maart 2010 de Wet Medische Ongevallen.⁷⁷ Anders dan de Wet Medische Schadegevallen gaat de Wet Medische Ongevallen uit van een ‘twee-sporensysteem’, vergelijkbaar met het systeem van Frankrijk.⁷⁸

In Frankrijk kunnen patiënten een uitkering krijgen bij afwezigheid van een fout uit het *Office national d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales* (ONIAM) en in sommige gevallen in geval van aansprakelijkheid van de zorgverlener.⁷⁹ Daarnaast kunnen zij ervoor kiezen hun vordering voor te leggen aan de rechter, die beslist op basis van het aansprakelijkheidsrecht.

Ook in België komt het twee-sporensysteem tot uitdrukking in een keuze voor de patiënt: hij heeft de keuze om zijn vordering uit schade wegens een verstrekking van gezondheidszorg door een zorgverlener (een beroepsbeoefenaar of een zorginstelling) voor te leggen aan de rechter of aan het Fonds Medische Ongevallen (Fonds).⁸⁰ De keuze van de patiënt is niet onherroepelijk, maar hij kan niet meer dan één keer worden vergoed voor dezelfde schade, aldus artikel 3, § 3, Wet Medische Ongevallen. Ook wanneer de schade van de patiënt buiten enige procedure is vergoed, kan het Fonds geen vergoeding meer toekennen.⁸¹

76 Een “una via”-benadering dus, zie H. Bocken e.a., Vergoeding van slachtoffers van medische ongevallen. Praktijkgerichte analyse van de wet van 31 maart 2010, Antwerpen-Cambridge: Intersentia 2011, p. 61.

77 Wet van 31 maart 2010 betreffende de vergoeding van schade als gevolg van gezondheidszorg, B.S. 2 april 2010.

78 Zie voor Frankrijk de Wet van 4 maart 2002 gecompleteerd bij Wet van 31 december 2002: Code de la santé publique. Zie voor een beschrijving van het Franse systeem voorts S. Carval en R. Sefton-Green, ‘Medical Liability in France’ in: B.A. Koch e.a., Medical Liability in Europe, Berlijn: De Gruyter 2011, p. 207-232; R.M.P.P. Cascão, Prevention and Compensation of Treatment Injury: A Roadmap for Reform (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, p. 39-42 en J.L. Smeehuijzen, K.A.P.C. van Wees, A.J. Akkermans, J. Legemaate, S. van Buschbach en J.E. Hulst (VU Amsterdam), Opvang en schadeafwikkeling bij onbedoelde gevolgen van medisch handelen, p. 54-56.

79 Zie <www.oniam.fr>.

80 Parl. St. Kamer 2009/10, 2240/001, p. 9. De definities van zorgverlener, beroepsbeoefenaar, zorginstelling, verstrekking van gezondheidszorg en patiënt zijn neergelegd in artikel 2 Wet Medische Ongevallen. De definities van patiënt en beroepsbeoefenaar zijn gelijk aan de definities in de Wet Patiëntenrechten respectievelijk de Wet Uitoefening Gezondheidszorgberoepen. De definitie van zorginstelling is gelijk aan de definitie in de Ziekenhuiswet.

81 Parl. St. Kamer 2009/10, 2240/001, p. 29. Zie ook artikel 12, § 5, Wet Medische Ongevallen.

De patiënt dient het Fonds daarover in te lichten.⁸² Een en ander betekent concreet dat met de Wet Medische Ongevallen het aansprakelijkheidsrecht – in tegenstelling tot het eerdere wetsvoorstel – onverlet wordt gelaten,⁸³ en dat het aansprakelijkheidsrecht wordt gecombineerd met de mogelijkheid voor de patiënt om zich tot het Fonds te wenden, *ongeacht* of de schade wegens verstrekking van gezondheidszorg het gevolg is van aansprakelijkheid van de zorgverlener of van een ‘medisch ongeval zonder aansprakelijkheid’ (zuivere *no fault*). Een ‘medisch ongeval zonder aansprakelijkheid’ (in de volksmond ‘moza’) is een ongeval dat verband houdt met een verstrekking van gezondheidszorg die geen aanleiding geeft tot de aansprakelijkheid van een zorgverlener, dat niet voortvloeit uit de gezondheidstoestand van de patiënt en dat voor de patiënt *abnormale* schade met zich brengt. De schade wordt als abnormaal beschouwd, wanneer ze zich niet had moeten voordoen, rekening houdend met de huidige stand van de wetenschap op het moment waarop de verstrekking van gezondheidszorg wordt verricht, met de toestand van de patiënt en de objectief voorspelbare evolutie ervan.⁸⁴ Het Fonds dient (dus) steeds in een concreet geval te beoordelen hoe groot de kans was dat het risico op schade zich bij de patiënt zou verwezenlijken.⁸⁵ Het therapeutisch falen en een verkeerde diagnose zonder fout zijn geen ‘medisch ongeval zonder aansprakelijkheid’.⁸⁶ Een en ander is neergelegd in artikel 2, aanhef en onder 6° en 7°, Wet Medische Ongevallen.

Ter illustratie geldt het volgende. De patiënt bij wie een ziekte niet tijdig wordt onderkend en die daardoor niet tijdig wordt behandeld lijdt gezondheidsschade. Te denken valt aan een patiënt die niet tijdig bloedverdünnende medicatie krijgt na een TIA – de TIA was niet als zodanig herkend en deze diagnose werd niet gesteld – waardoor een paar dagen later een hersenbloeding optreedt. Deze patiënt kan een beroep doen op het Fonds *mits* het delay in de behandeling als een fout is aan te merken of de schade het gevolg is van een foute diagnose

82 Artikel 12, § 6, Wet Medische Ongevallen.

83 Dit volgt uit artikel 3, § 1, Wet Medische Ongevallen. Zie ook H. Bocken e.a., *Vergoeding van slachtoffers van medische ongevallen*. Praktijkgerichte analyse van de wet van 31 maart 2010, Antwerpen-Cambridge: Intersentia 2011, p. 13 en p. 64.

84 Parl. St. Kamer 2009/10, 2240/001, p. 11. Het gaat dus om schade die de patiënt (zelfs al is ze onvermijdbaar) niet had moeten ondergaan: H. Bocken e.a., *Vergoeding van slachtoffers van medische ongevallen*. Praktijkgerichte analyse van de wet van 31 maart 2010, Antwerpen-Cambridge: Intersentia 2011, p. 51. Abnormaal betreft een objectief criterium, zie uitvoerig Parl. St. Kamer 2009/10, 2240/001, p. 25. Zie voorts over het begrip huidige stand van de wetenschap (dit is de internationale stand op het moment waarop de zorg werd verleend), T. Vansweevelt, *Ontwikkelingen rond medische aansprakelijkheid in België*, Preadvies Vereniging voor Gezondheidsrecht, Den Haag: Sdu Uitgevers 2013, p. 115. Zie eveneens T. Vansweevelt, *Ontwikkelingen rond medische aansprakelijkheid in België*, Preadvies Vereniging voor Gezondheidsrecht, Den Haag: Sdu Uitgevers 2013, p. 116-117 over het begrip de toestand van de patiënt en de objectief te verwachten evolutie.

85 Zie ook H. Bocken e.a., *Vergoeding van slachtoffers van medische ongevallen*. Praktijkgerichte analyse van de wet van 31 maart 2010, Antwerpen-Cambridge: Intersentia 2011, p. 52.

86 Parl. St. Kamer 2009/10, 2240/001, p. 2627.

(geen TIA). Is het delay echter niet als fout aan te merken en is evenmin de gestelde diagnose fout, dan wordt deze zaak niet aangemerkt als een medisch ongeval zonder aansprakelijkheid. De schade wordt dan beschouwd als zijnde veroorzaakt door de toestand van de patiënt.⁸⁷

De Wet Medische Ongevallen is niet van toepassing op medische experimenten en niet op de niet door het Rijksinstituut voor ziekte- en invaliditeitsverzekering betaalde esthetische handelingen, aldus artikel 3, § 2, Wet Medische Ongevallen.⁸⁸ Voor deze situaties staat alleen de weg van het aansprakelijkheidsrecht open. Voorts blijkt uit de Parlementaire behandeling dat die schade die niet voortvloeit uit een zorgverstrekking, maar uit een product met gebreken dat bij die zorgverstrekking werd gebruikt, evenmin kan worden verhaald op grond van de Wet Medische Ongevallen.⁸⁹ Patiënten zullen een vordering moeten indienen bij de producent van het medische hulpmiddel.⁹⁰ De Wet Medische Ongevallen ziet wel op de verstrekking van gezondheidszorg door alternatieve genezers.⁹¹

Het Fonds fungeert enerzijds als *schadefonds* bij medische ongevallen zonder aansprakelijkheid en anderzijds als *waarborgfonds* bij medische ongevallen met aansprakelijkheid van een zorgverlener. Deze laatste rol komt hier op neer dat in geval van aansprakelijkheid de schade in beginsel moet worden vergoed door de zorgverlener of diens aansprakelijkheidsverzekeraar, maar de patiënt desalniettemin in bepaalde gevallen een aanspraak heeft op een uitkering uit het Fonds. Bovendien heeft het Fonds de rol van bemiddelaar en adviseur.⁹² Een en ander wordt – voor zover voor de patiënt van belang – verwoord in artikel 8, § 1, in combinatie met de artikelen 4 en 5 Wet Medische Ongevallen. Deze artikelen vormen de kern van de Wet Medische Ongevallen.

In artikel 8, § 1, Wet Medische Ongevallen ten eerste is bepaald dat het Fonds als opdracht heeft de vergoeding van patiënten als gevolg van gezondheidszorg of van hun rechthebben-

87 Zie ook H. Bocken e.a., Vergoeding van slachtoffers van medische ongevallen. Praktijkgerichte analyse van de wet van 31 maart 2010, Antwerpen-Cambridge: Intersentia 2011, p. 48. Zie voor voorbeelden van abnormale schade voorts T. Vansweevelt, Ontwikkelingen rond medische aansprakelijkheid in België, Pre-advies Vereniging voor Gezondheidsrecht, Den Haag: Sdu Uitgevers 2013, p. 118.

88 Onder het toepassingsbereik valt dus wel: de verbetering van de esthetiek van de patiënt onder voorbehoud van artikel 3, § 2, contraceptie, vrijwillige zwangerschapsafbreking, medisch begeleide voortplanting, of bevallingen, zie Parl. St. Kamer 2009/10, 2200/001, p. 12. Zie voor een nadere bespreking van het toepassingsbereik H. Bocken e.a., Vergoeding van slachtoffers van medische ongevallen. Praktijkgerichte analyse van de wet van 31 maart 2010, Antwerpen-Cambridge: Intersentia 2011, p. 19-35 en 44.

89 Parl. St. Kamer 2009/10, 2240/006, p. 87.

90 Op grond van de Wet van 25 februari 1991 betreffende de aansprakelijkheid voor producten met gebreken.

91 Parl. St. Kamer 2009/10, 2240/006, p. 102-103.

92 H. Bocken e.a., Vergoeding van slachtoffers van medische ongevallen. Praktijkgerichte analyse van de wet van 31 maart 2010, Antwerpen-Cambridge: Intersentia 2011, p. 65-66 en 87-88.

den te organiseren binnen de grenzen van de artikelen 4 en 5 Wet Medische Ongevallen. Te dien einde dient het Fonds te bepalen of de schade van de patiënt al dan niet aanleiding geeft tot aansprakelijkheid van een zorgverlener en dient het Fonds de ernst van de schade te bepalen. Het Fonds kan daartoe noodzakelijke informatie opvragen of deskundigen raadplegen.⁹³ Voorts dient het Fonds vast te stellen of de aansprakelijkheid van de zorgverlener die de schade heeft veroorzaakt, daadwerkelijk en voldoende is gedekt door een verzekering. Wanneer het Fonds oordeelt dat de schade voldoet aan de voorwaarden gesteld in de artikelen 4 en 5, wordt de patiënt of zijn rechthebbenden vergoed. Wanneer het Fonds oordeelt dat de schade is veroorzaakt door een feit dat aanleiding geeft tot de aansprakelijkheid van een zorgverlener, dan verzoekt het Fonds de zorgverlener of diens verzekeraar een voorstel te doen tot vergoeding van de patiënt of zijn rechthebbenden. Bovendien kan het Fonds op verzoek van de patiënt of zijn rechthebbenden, van een zorgverlener of zijn verzekeraar, een bemiddeling organiseren overeenkomstig de artikelen 1724 tot 1733 van het Gerechtelijk Wetboek.⁹⁴ Het Fonds kan in een voorkomend geval partij zijn bij de bemiddeling. Tot slot kan het Fonds op verzoek van de patiënt of zijn rechthebbenden een advies verstrekken over de toereikendheid van het bedrag van de vergoeding die door de zorgverlener of zijn verzekeraar wordt voorgesteld.

In artikel 4 Wet Medische Ongevallen ten tweede is bepaald dat het Fonds de patiënt of zijn rechthebbenden overeenkomstig het gemeen recht vergoedt: 1° wanneer de schade is veroorzaakt door een medisch ongeval zonder aansprakelijkheid, voor zover de schade voldoet aan een van de voorwaarden inzake ernst; 2° wanneer het Fonds oordeelt of wanneer vaststaat dat de schade is veroorzaakt door een feit dat aanleiding geeft tot de aansprakelijkheid van de zorgverlener, wiens burgerlijke aansprakelijkheid niet of niet voldoende is gedekt door een verzekeringsovereenkomst; 3° wanneer het Fonds oordeelt dat de schade is veroorzaakt door een feit dat aanleiding geeft tot de aansprakelijkheid van de zorgverlener en wanneer deze of zijn verzekeraar de aansprakelijkheid betwist, voor zover de schade voldoet aan een van de voorwaarden inzake ernst; 4° wanneer de verzekeraar die de aansprakelijkheid dekt van de zorgverlener die de schade heeft veroorzaakt een voorstel tot vergoeding doet dat het Fonds kennelijk ontoereikend vindt.

Uit de tekst van artikel 4 Wet Medische Ongevallen moet dus worden afgeleid dat het aantonen van aansprakelijkheid van de hulpverlener geen vereiste is.⁹⁵ Wel een vereiste is

93 Zie daarover ook H. Bocken e.a., Vergoeding van slachtoffers van medische ongevallen. Praktijkgerichte analyse van de wet van 31 maart 2010, Antwerpen-Cambridge: Intersentia 2011, p. 15.

94 Wet van 10 oktober 1976, B.S. 31 oktober 1967, vergelijkbaar met het Nederlandse Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

95 Het criterium 'aansprakelijkheid' kreeg de voorkeur op het engere criterium van de fout, opdat rekening kan worden gehouden met aansprakelijkheidsgevallen die te wijten zijn aan feiten of aan iemand anders, zoals dat bij voorbeeld is voorzien in artikel 1384 van het Burgerlijk Wetboek: Parl. St. Kamer 2009/10, 2240/001, p. 11. De Wet Medische Ongevallen geldt dus ook wanneer de schade is veroorzaakt door het

– blijktens de woorden *is veroorzaakt* – een *condicio sine qua non*-verband tussen de verstrekking van gezondheidszorg en de schade van de patiënt.⁹⁶ Het is aan de patiënt om dit bewijs te leveren.⁹⁷ In geval van een medisch ongeval zonder aansprakelijkheid wordt de patiënt daarbij geholpen doordat elke abnormale schade die een verband heeft met de verstrekking van gezondheidszorg wordt vergoed.⁹⁸

De in artikel 4, onder 1° en 3°, Wet Medische Ongevallen genoemde voorwaarden inzake ernst zijn opgenomen in artikel 5 Wet Medische Ongevallen, dat bepaalt dat de schade ernstig genoeg is, indien aan een van de volgende voorwaarden is voldaan: 1° de patiënt is getroffen door een blijvende invaliditeit van 25 % of meer;⁹⁹ 2° de patiënt is getroffen door een tijdelijke arbeidsongeschiktheid gedurende minstens zes opeenvolgende maanden of zes niet opeenvolgende maanden over een periode van twaalf maanden; 3° de schade verstoort bijzonder zwaar, ook economisch, de levensomstandigheden van de patiënt;¹⁰⁰ 4° de patiënt is overleden.

Een en ander komt erop neer dat in geval van artikel 4, onder 1°, Wet Medische Ongevallen – een medisch ongeval *zonder aansprakelijkheid* – het Fonds de schade van de patiënt vergoedt uit de eigen middelen van het Fonds, wanneer de schade zowel *abnormaal als ernstig* is. Het Fonds treedt op als schadefonds.¹⁰¹ Wanneer sprake is van een medisch ongeval *met aansprakelijkheid* verzoekt het Fonds de zorgverlener een voorstel tot vergoeding te doen. De zorgverlener is verplicht binnen drie maanden na het verzoek van het Fonds een voorstel tot schadevergoeding aan de patiënt of diens rechthebbenden te doen, zo volgt uit artikel 29 Wet Medische Ongevallen.

Blijkt vervolgens de zorgverlener niet te zijn verzekerd voor aansprakelijkheid, een geval als bedoeld in artikel 4, onder 2°, Wet Medische Ongevallen, dan treedt het Fonds in de plaats van de verzekeraar op als waarborgfonds en vergoedt het Fonds de patiënt,

gebruik van een gebrekkig medisch hulpmiddel. De aansprakelijkheid van de producent valt echter niet onder de werking van de wet. Zie ook H. Bocken e.a., Vergoeding van slachtoffers van medische ongevallen. Praktijkgerichte analyse van de wet van 31 maart 2010, Antwerpen-Cambridge: Intersentia 2011, p. 45-46 en 65.

96 Zie ook E. de Kezel, 'Vergoeding van medische schade in België: het nieuwe tweesporensysteem', *TVP* 2009, nr. 4, p. 139-150.

97 Zie ook H. Bocken e.a., Vergoeding van slachtoffers van medische ongevallen. Praktijkgerichte analyse van de wet van 31 maart 2010, Antwerpen-Cambridge: Intersentia 2011, p. 20.

98 Zie ook H. Bocken e.a., Vergoeding van slachtoffers van medische ongevallen. Praktijkgerichte analyse van de wet van 31 maart 2010, Antwerpen-Cambridge: Intersentia 2011, p. 56.

99 Invaliditeit: Definitie KB 2 juli 1975 tot goedkeuring van de Officiële Belgische Schaal er bepaling van de graad van invaliditeit: Parl. St. Kamer 2009/10, 2240/001, p. 37.

100 Het betreft onder meer gevolgen op relationeel, zintuiglijk, sportief en familiaal vlak: Parl. St. Kamer 2009/10, 2240/001, p. 39.

101 Zie ook H. Bocken e.a., Vergoeding van slachtoffers van medische ongevallen. Praktijkgerichte analyse van de wet van 31 maart 2010, Antwerpen-Cambridge: Intersentia 2011, p. 76.

teneinde te voorkomen dat de patiënt nadeel ondervindt van de afwezigheid van een verzekering.¹⁰² Ingevolge artikel 28 Wet Medische Ongevallen kan het Fonds krachtens subrogatie verhaal halen op de zorgverlener.¹⁰³

Blijkt de zorgverlener of diens aansprakelijkheidsverzekeraar de aansprakelijkheid te betwisten, een geval als bedoeld in artikel 4, onder 3°, dan treedt het Fonds eveneens als waarborgfonds op in de plaats van de verzekeraar en vergoedt het de patiënt, *voor zover* de schade *ernstig* is. Het doel hiervan is het ergste leed weg te nemen gedurende de discussie over de aansprakelijkheid. Het Fonds treedt vervolgens krachtens artikel 30 Wet Medische Ongevallen in de rechten van de patiënt.¹⁰⁴

Blijkt de zorgverlener te zijn verzekerd, betwist hij de aansprakelijkheid niet en doet hij de patiënt een voorstel tot schadevergoeding, maar acht het Fonds – na een verzoek van de patiënt om advies over het voorstel tot schadevergoeding – de vergoeding kennelijk ontoereikend, dan treedt ook in dit geval ingevolge artikel 4, onder 4°, het Fonds in de plaats van de verzekeraar en vergoedt het de schade van de patiënt. Het Fonds treedt vervolgens krachtens artikel 31 Wet Medische Ongevallen in de rechten van de patiënt.¹⁰⁵

Blijkt de zorgverlener tot slot in het geheel niet te reageren, dan treedt wederom het Fonds naar voren en vergoedt het de schade *voor zover* de schade *ernstig* is. Het Fonds treedt ook in dit geval in de rechten van de patiënt, zo volgt uit artikel 32 Wet Medische Ongevallen.

Vergoeding van de schade gebeurt integraal en aan de hand van de regels van het gewone aansprakelijkheidsrecht, zo volgt uit artikel 4 Wet Medische Ongevallen. Opgemerkt wordt dat het Belgisch Burgerlijk Wetboek geen gedefinieerd schadebegrip kent en dat invulling ervan aan de rechtspraak is overgelaten. Als algemene regel wordt onder ‘schade’ doorgaans verstaan: elke negatieve aantasting van een materieel of een immaterieel belang (vermogensschade en niet-vermogensschade). De negatieve aantasting komt voor vergoeding in aanmerking.¹⁰⁶ Ook het verlies van een genezings- of overlevingskans komt voor vergoeding in aanmerking.¹⁰⁷ Begroting van de schade gebeurt doorgaans door de rechter die over de feiten oordeelt. Ook wordt wel geput uit de Indicatieve Tabel (2008), een lijst met vergoe-

102 In België is de zorgverlener niet verplicht een verzekering af te sluiten. De waarborgrol van het Fonds is in dit geval vergelijkbaar met het Waarborgfonds Motorrijtuigen, zoals dat in België, maar ook in Nederland bestaat.

103 Zie daarover ook Bocken e.a., Vergoeding van slachtoffers van medische ongevallen. Praktijkgerichte analyse van de wet van 31 maart 2010, Antwerpen-Cambridge: Intersentia 2011, p. 80.

104 Parl. St. Kamer 2009/10, 2240/001, p. 32-34.

105 Parl. St. Kamer 2009/10, 2240/001, p. 32-34.

106 E. de Kezel, ‘Vergoeding van medische schade in België: het nieuwe tweesporensysteem’, *TVP* 2009, nr. 4, p. 139-150.

107 H. Bocken e.a., Vergoeding van slachtoffers van medische ongevallen. Praktijkgerichte analyse van de wet van 31 maart 2010, Antwerpen-Cambridge: Intersentia 2011, p. 50.

dingstarieven.¹⁰⁸ Van de vergoeding worden uitkeringen die zijn gedaan op grond van een verzekeringsovereenkomst (schadeverzekering) of wet (Ziekte- en invaliditeitswet) afgetrokken.¹⁰⁹ Opmerkelijk is dat op grond van deze Indicatieve tabel verwanten in aanmerking komen voor vergoeding van schade ‘door weerkaatsing’. Schade door weerkaatsing is de schade die de verwanten lijden door het aanzien van het leed en de pijn van de patiënt. Het moet gaan om uitzonderlijke pijnen; er wordt een vergoeding toegekend wanneer de patiënt in levensgevaar of coma verkeert. Ook ‘naastbestaanden’ die dagelijks en langdurend worden geconfronteerd met een ernstige blijvende psychische, fysieke of mentale aftakeling van de patiënt hebben recht op deze vergoeding. Zij wordt toegekend vanaf het moment dat de familieband niet meer normaal kan worden beleefd.¹¹⁰ Nabestaanden hebben evenzeer recht op vergoeding van morele schade. Deze schade heeft betrekking op de affectieve band met de overledene. De voorgestelde bedragen mogen onderling niet worden vergeleken, mogen niet automatisch worden toegekend en kunnen worden verhoogd of verlaagd, rekening houdend met speciale en concrete omstandigheden.¹¹¹

De aanvraag bij het Fonds dient te worden ingesteld binnen vijf jaren te rekenen vanaf de dag waarop de aanvrager (patiënt of rechthebbende) kennis had van de schade waarvoor een vergoeding wordt gevraagd, of van de verzwaring ervan, en van de identiteit van de persoon die de schade heeft veroorzaakt en in ieder geval binnen 20 jaar, te rekenen vanaf de dag volgend op de dag waarop het schadeveroorzakende feit zich heeft voorgedaan, zo volgt uit artikel 12, § 3, Wet Medische Ongevallen. Deze termijn kan worden geschorst of gestuit overeenkomstig het gemeen recht en door het kenbaar maken van de wil een vergoeding te ontvangen, aldus artikel 12, § 4, Wet Medische Ongevallen.¹¹²

10.2.2.2 Verhaal van schade in de Belgische praktijk

Het Fonds Medische Ongevallen is een openbare instelling met rechtspersoonlijkheid, zo volgt uit artikel 6 Wet Medische Ongevallen.¹¹³ De Raad van Bestuur van het Fonds bestaat ingevolge artikel 7 Wet Medische Ongevallen uit 30 leden die steeds een bepaalde groep vertegenwoordigen: de overheid, de werkgevers, de werknemers, de verzekeringsinstellingen,

108 B. de Temmerman en E. de Kezel, ‘Normering in België: de Indicatieve Tabel’, *TVP* 2002, nr. 4, p. 103-114. De Indicatieve Tabel van 2008 is gepubliceerd in het *Nieuw Juridisch Weekblad*, 2008, 189.

109 Artikel 25, § 4, Wet Medische Ongevallen.

110 Indicatieve Tabel 2008, punt 43.

111 Indicatieve Tabel 2008, punt 52.

112 Zie hierover ook H. Bocken e.a., Vergoeding van slachtoffers van medische ongevallen. Praktijkgerichte analyse van de wet van 31 maart 2010, Antwerpen-Cambridge: Intersentia 2011, p. 91.

113 Zie voor de financiering van het Fonds artikel 10 Wet Medische Ongevallen. Zie over het Fonds ook T. Vanswevelt, Ontwikkelingen rond medische aansprakelijkheid in België, Preadvies Vereniging voor Gezondheidsrecht, Den Haag: Sdu Uitgevers 2013, p. 128-133.

de beroepsbeoefenaren, de verzorgingsinstellingen, de patiëntenorganisaties en professoren die gespecialiseerd zijn in het gezondheidsrecht.¹¹⁴

Het Fonds voorziet in een kosteloze procedure voor de patiënt, aldus artikel 20 Wet Medische Ongevallen. Wel zal de patiënt zelf voor de kosten van eventueel advies van een advocaat moeten betalen.¹¹⁵ De regels van de procedure zijn neergelegd in hoofdstuk 4, artikel 12 tot en met 32, Wet Medische Ongevallen.¹¹⁶ Aanvragen om *advies* over de eventuele aansprakelijkheid van een zorgverlener inzake de geleden schade alsook over de ernst van die schade kunnen per aangetekende brief worden ingediend door de patiënt zelf of door een rechthebbende, dan wel door een vertrouwenspersoon of een advocaat. Er kan daartoe gebruik worden gemaakt van een te downloaden formulier.¹¹⁷ Indien bij de aanvraag niet alle gegevens zijn vermeld, zal het Fonds de aanvrager helpen met het vervolledigen van de aanvraag en een bijkomende vragenlijst opsturen. Na ontvangst van de volledige aanvraag – dit dient binnen een maand te worden bevestigd –¹¹⁸, analyseert het Fonds het volledige dossier en vraagt het zo nodig (met toestemming van de patiënt¹¹⁹) aanvullende informatie op bij de behandelend sector. Indien de persoon die de aanvraag heeft ingediend niet de patiënt is en de patiënt overleden is, heeft het Fonds alleen met de uitdrukkelijke toestemming van een nabestaande toegang tot het patiëntendossier.¹²⁰ Acht het Fonds nader medisch onderzoek van de patiënt nodig, dan zal het daartoe de patiënt benaderen. Zijn er aanwijzingen dat de schade ernstig is als bedoeld in artikel 5 Wet Medische Ongevallen, dan acht het Fonds zich bovendien verplicht om een ‘tegensprekelijke expertise’ te organiseren, tenzij de patiënt en de zorgverlener hiervan afstand doen.¹²¹ Aanstelling van de expert gebeurt door het Fonds en is voor de patiënt kosteloos.¹²² Volgens artikel 985 van het Gerechtelijk Wetboek is de deskundige verplicht om zijn opdracht naar

114 Zie over de samenstelling van de Raad van bestuur nader T. Vansweevelt, *Ontwikkelingen rond medische aansprakelijkheid in België*, Preadvies Vereniging voor Gezondheidsrecht, Den Haag: Sdu Uitgevers 2013, p. 129-130.

115 Expertisekosten kunnen ten laste van de zorgverlener komen wanneer diens aansprakelijkheid vast staat, aldus eveneens artikel 20 Wet Medische Ongevallen.

116 Zie over de procedure ook T. Vansweevelt, *Ontwikkelingen rond medische aansprakelijkheid in België*, Preadvies Vereniging voor Gezondheidsrecht, Den Haag: Sdu Uitgevers 2013, p. 135 e.v.

117 Zie voor het formulier <www.mo.fgov.be>. Zie voor de inhoud van de brief ook T. Vansweevelt, *Ontwikkelingen rond medische aansprakelijkheid in België*, Preadvies Vereniging voor Gezondheidsrecht, Den Haag: Sdu Uitgevers 2013, p. 137-141.

118 Artikel 15, § 1, Wet Medische Ongevallen.

119 Overeenkomstig de bepalingen van de Wet van 22 augustus 2002 betreffende de rechten van de patiënt, B.S. 26 juni 2002.

120 Wet van 22 augustus 2002 betreffende de rechten van de patiënt, B.S. 26 juni 2002 (artikel 9, § 4).

121 Zie artikel 17, § 1 tot en met § 4, Wet Medische Ongevallen voor de procedure.

122 Zie nader T. Vansweevelt, *Ontwikkelingen rond medische aansprakelijkheid in België*, Preadvies Vereniging voor Gezondheidsrecht, Den Haag: Sdu Uitgevers 2013, p. 145-146.

eer en geweten, nauwgezet en eerlijk te vervullen.¹²³ Menen partijen dat de onpartijdigheid van de expert ter discussie staat, dan kan de expert ingevolge artikel 966 van het Gerechtelijk Wetboek worden gewraakt op dezelfde voet als de rechter. Na uiterlijk zes maanden volgt een advies van het Fonds. Wanneer het Fonds meent dat er aanleiding is tot vergoeding krachtens artikel 4, 1° Wet Medische Ongevallen en de schade de ernst vertoont die bedoeld is bij artikel 5 Wet Medische Ongevallen, stuurt het Fonds een voorstel tot vergoeding naar de patiënt of de rechthebbende. In de gevallen van artikel 4, onder 2° tot 4°, Wet Medische Ongevallen wordt de vergoedingsaanvraag eerst overgedragen aan de zorgverlener of diens verzekeraar, die op zijn beurt een voorstel moet formuleren.¹²⁴ Wenst de patiënt het voorstel tot vergoeding te aanvaarden, dan heeft hij daarvoor een termijn van drie maanden. Daarna wordt het bedrag uitbetaald. Vergoedt het Fonds de patiënt in geval van aansprakelijkheid (artikel 4, onder 2° tot 4°, Wet Medische Ongevallen), dan heeft het Fonds het recht om de uitkering te verhalen op de zorgverlener of diens aansprakelijkheidsverzekeraar.

Het Fonds is op 1 september 2012 in werking getreden en cijfers over het aantal ingediende vorderingen per jaar zijn er daarom niet. Geschat is vooralsnog dat jaarlijks 5.133 patiënten een potentiële vordering hebben. Van dat aantal zouden in verband met de drempelvoorwaarden in de Wet Medische Ongevallen 470 patiënten met succes een beroep kunnen doen op het Fonds. Extrapolaties op grond van het soortgelijke Franse systeem zouden voorts uitwijzen dat van dat aantal 80 patiënten een schadevergoeding uit het Fonds zouden krijgen wegens een medisch ongeval *zonder aansprakelijkheid*.¹²⁵ Het toch lage aantal wordt gewijd aan de drempelvoorwaarde dat de schade ernstig moet zijn.¹²⁶

Navraag bij het Rijksinstituut voor ziekte- en invaliditeitsverzekering leerde dat tot en met december 2012 846 aanvragen binnenkwamen bij het *Call Center* van het Fonds. 201 aanvragen zijn voor advies in behandeling genomen. 319 zaken zijn ter beoordeling van de medische en juridische waarde in behandeling genomen. In 2012 is in geen enkele zaak een voorstel tot schadevergoeding

123 Wet van 15 mei 2007 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek betreffende het deskundigenonderzoek, B.S. 22 augustus 2007.

124 Zie voor een beschrijving ook E. de Kezel, 'Vergoeding van medische schade in België: het nieuwe tweesporensysteem', *TVP* 2009, nr. 4, p. 139-150.

125 H. Bocken e.a., Vergoeding van slachtoffers van medische ongevallen. Praktijkgerichte analyse van de wet van 31 maart 2010, Antwerpen-Cambridge: Intersentia 2011, p. 38. De Franse cijfers zijn te vinden in het Rapport d'activité 2011 van ONIAM. Ook overigens is in dit rapport terug te vinden hoe het systeem in Frankrijk werkt en welke kosten het met zich brengt.

126 Interview Th. Vansweevelt (hoogleraar Medisch Recht Universiteit Antwerpen) 20 juni 2012 radio1 België namens de Koninklijke Academie voor geneeskunde België. Zie voorts Koninklijke Academie voor Geneeskunde, Advies 2 juni 2012 op haar website <www.zorg-en-gezondheid.be>.

gedaan. Van de in behandeling genomen 520 zaken zijn er in 2012 reeds 67 zonder vergoeding gesloten.¹²⁷

Betwist de patiënt het voorstel van het Fonds, dan kan hij op straffe van verval zijn geschil overeenkomstig het Gerechtelijk Wetboek alsnog voorleggen aan de rechtbank. In het kader van deze procedure is het Fonds noch gebonden door zijn advies, noch door zijn voorstel. De patiënt heeft bovendien, zoals reeds opgemerkt, ook de keuze om zich rechtstreeks tot de rechter wenden. Een procedure is voor de patiënt niet kosteloos.¹²⁸

10.2.3 Een aansprakelijkheidssysteem met een praktijkstelsel van bemiddeling en arbitrage

10.2.3.1 Het wettelijk kader van het Oostenrijkse aansprakelijkheidssysteem

Vergoeding van schade die de patiënt lijdt als gevolg van een geneeskundige behandeling gebeurt in Oostenrijk van oudsher aan de hand van een civiel aansprakelijkheidssysteem. Civiele aansprakelijkheid is geregeld in het *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* (ABGB), § 1293-1341.¹²⁹

De basisregel voor een recht op schadevergoeding is neergelegd in § 1295, onder 1, ABGB. In het artikel is bepaald dat iedereen recht heeft op vergoeding van schade van diegene die de schade door een fout heeft veroorzaakt, ongeacht of de schade is veroorzaakt door het verzuim om een contractuele verplichting na te komen of door een handeling waaraan geen contract ten grondslag ligt. 'Schade' is ingevolge § 1293 ABGB elk nadeel dat is toegebracht aan het vermogen, de rechten of de persoon. Voorts volgt uit § 1295 ABGB in samenhang gelezen met § 1294 ABGB dat voor vergoeding ervan een fout door schuld (*Verschulden*¹³⁰) – dit omvat opzet of nalatigheid¹³¹ – vereist is, wat betekent dat in geval van een contract de schadeveroorzaker schuld moet hebben aan de niet nakoming van een contractsverplichting en in geval van afwezigheid van een contract de daad onrechtmatig dient te zijn, wil een recht op schadevergoeding intreden.¹³² Zonder een aan schuld te wijten tekortkoming of onrechtmatige daad blijft de schade daar waar zij gevallen is.¹³³

127 Informatie RIZIV 4 februari 2013.

128 Ze artikel 1017 e.v. van het Gerechtelijk Wetboek.

129 Oorspronkelijke Wet van 1 januari 1812.

130 Verschulden impliceert 'persoonlijke' schuld.

131 Opzet vereist bewustzijn bij de dader. Nalatigheid geeft een graad van zorgeloosheid aan.

132 Zie ook B.A. Koch, *Medical Liability in Austria* in B.A. Koch e.a., *Medical Liability in Europe*, Berlijn: De Gruyter 2011, p. 10 (geen contract), 23-24 (contract).

133 § 1296 ABGB bepaalt dan ook dat bij twijfel de schade vermoed wordt niet door de fout van een ander te zijn veroorzaakt.

De meeste patiënten en artsen of ziekenhuizen staan in een contractuele rechtsverhouding tot elkaar, met als gevolg dat de tekortkoming de grondslag voor schadevergoeding vormt. Zij sluiten een overeenkomst van opdracht, een *Dienstvertrag*,¹³⁴ welke doorgaans inspanningsverplichtingen met zich brengt.¹³⁵ Alleen bij het ontbreken van een element voor de totstandkoming van een overeenkomst is de rechtsverhouding niet contractueel.¹³⁶ Als voorbeeld wordt genoemd de patiënt die in een noodsituatie zorg nodig heeft. In dat geval zal de ingevolge § 861 ABGB vereiste wilsverklaring voor de totstandkoming van een overeenkomst ontbreken.¹³⁷ Ook wanneer de arts in dienst is van het ziekenhuis, ontstaat er tussen de patiënt en de arts geen contractuele relatie.¹³⁸

Contractuele relaties in de zorgsector worden niet anders geregeld dan andere contracten met als gevolg dat patiënten in Oostenrijk niet anders worden behandeld dan andere contractanten; voor hen geldt geen speciaal systeem of een regeling van bijzondere overeenkomst.¹³⁹ Net als elke andere professional wordt ook een arts geacht over de specifieke vaardigheden, kennis en capaciteiten te beschikken die de medische beroepsgroep van hem eist en dat hij de verantwoordelijkheid draagt voor elk gedrag dat afwijkt van die standaard, aldus § 1299 ABGB. Met andere woorden: de arts is verplicht om zich conform de professionele standaard te gedragen.¹⁴⁰ Deze plicht heeft hij niet alleen jegens de patiënt met wie hij een contract sloot, maar ook jegens anderen die gevolgen kunnen ondervinden van de geneeskundige behandeling van de patiënt, zoals (on)geboren kinderen en de partner (in geval van *wrongful birth* en *wrongful life*). Doet hij dat hij dat niet, dan schiet hij tekort jegens de patiënt en de betrokken derden.¹⁴¹ Is de niet-nakoming van de contractuele plicht aan zijn schuld (*Verschulden*) te wijten, dan maakt hij bovendien een 'fout' die recht geeft op een schadevergoeding. Een dergelijke fout wordt '*Kunstfehler*' genoemd.

134 § 1151 ABGB.

135 Zie hierover ook A. Leischner, *Medical Law in Austria*, Alphen aan den Rijn: Kluwer International 2011, nr. 115.

136 B.A. Koch, 'Medical Liability in Austria' in: B.A. Koch e.a., *Medical Liability in Europe*, Berlijn: De Gruyter 2011, p. 21. Zie ook B.A. Koch, 'Medical malpractice in Austria', *Chicago-Kent Law Review* vol. 86, no. 3, 2011, p. 102-1052.

137 Zie hierover ook A. Leischner, *Medical Law in Austria*, Alphen aan den Rijn: Kluwer International 2011, nr. 114. Behandeling van de patiënt dient ongeacht de aanwezigheid van een contract met diens instemming te gebeuren, tenzij sprake is van een noodgeval. Behandelt de arts de patiënt zonder diens toestemming, dan wordt de behandeling geacht wederrechtelijk te zijn verricht wat ingevolge § 110 *Strafgesetzbuch* strafbaar is.

138 Zie B.A. Koch, 'Medical Liability in Austria' in: B.A. Koch e.a., *Medical Liability in Europe*, Berlijn: De Gruyter 2011, p. 25.

139 B.A. Koch, 'Medical Liability in Austria' in: B.A. Koch e.a., *Medical Liability in Europe*, Berlijn: De Gruyter 2011, p. 21.

140 Zie voor de professionele standaard ook artikel 49 § 1 *Ärztegesetz*, Wet van 10 november 1998, *Bundesgesetzblatt* 1998, 169. Zie eveneens § 4 *Gesundheits- und Krankenpflegegesetz*, Wet van 19 augustus 1997, *Bundesgesetzblatt* 1997, 1279.

141 B.A. Koch, 'Medical malpractice in Austria', *Chicago-Kent Law Review* vol. 86, no. 3, 2011, p. 102-1052.

Het *Oberste Gerichtshof* heeft de plicht van de arts om zich conform de professionele standaard te gedragen een aantal keer benadrukt. Een voorbeeld betreft een geschil waarin een patiënte zich in verband met een beperking in haar rechter elleboog tot het ziekenhuis wendde en een elleboogoperatie onderging. Bij de operatie raakte de nervus radialis beschadigd. De patiënte vorderde een schadevergoeding voor de verstrekende gevolgen van het letsel, stellende dat de arts niet volgens de regelen der kunst had gehandeld.

Het *Oberste Gerichtshof* overwoog ten aanzien van de maatstaf waaraan het handelen van de arts getoetst moest worden als volgt: ‘Ein dem Arzt anzulastendes Fehlverhalten bei der Behandlung des Patienten liegt dann vor, wenn er nicht nach Maßgabe der ärztlichen Wissenschaft und Erfahrung vorgegangen ist oder die übliche Sorgfalt eines ordentlichen pflichtgetreuen Durchschnittsarztes in der konkreten Situation vernachlässigt hat (...). Die Behandlung muß also entsprechend den Grundsätzen der medizinischen Wissenschaft und den Regeln der ärztlichen Kunst erfolgen. Der Arzt handelt nicht fahrlässig, wenn die von ihm gewählte Behandlungsmethode einer Praxis entspricht, die von angesehenen, mit dieser Methode vertrauten Medizinern anerkannt ist. Der Patient hat dabei Anspruch auf die nach dem Stand der Wissenschaft sichersten Maßnahmen zur Abwendung bekannter Operationsgefahren.’¹⁴²

De arts is ook verplicht tot schadevergoeding wanneer hij gebruik maakt van een hulppersoon en deze persoon een fout maakt, zo volgt uit § 1313a ABGB. Hetzelfde geldt als het ziekenhuis contractspartij is en gebruik maakt van de hulp van de in dienst zijnde arts.¹⁴³ Maakt de arts bij de uitvoering van de geneeskundige behandeling gebruik van een gebrekkig medisch product, dan is hij alleen aansprakelijk wanneer de schade teruggevoerd kan worden op een fout van de arts. De van schuld afhankelijke aansprakelijkheid ingevolge het ABGB komt echter zelden voor, omdat de arts doorgaans de ongeschiktheid van het product niet kent. Bij gebrekkigheid van een medisch product is de patiënt dan ook aangewezen op de risicoaansprakelijkheid van de producent geregeld in het *Produkthaftungsgesetz*.¹⁴⁴

De bewijslast van de fout van de arts rust op de patiënt. De bewijslast van de afwezigheid van schuld aan de fout rust daarentegen op de arts of – wanneer de overeenkomst is gesloten met het ziekenhuis – op het ziekenhuis, hetgeen is bepaald in § 1298 ABGB. Dit

142 OGH 25 januari 1994, zaaknr. 1 Ob 532/94. Zie voorts OGH 16 maart 1989, zaaknr. 8 Ob 525/88.

143 Zie hierover ook B.A. Koch, ‘Medical Liability in Austria’ in: B.A. Koch e.a., *Medical Liability in Europe*, Berlijn: De Gruyter 2011, p. 17.

144 Wet van 21 januari 1988, Bundesgesetzblatt 1988, 1577 en gelijkkluidend aan de Nederlandse regeling van de productaansprakelijkheid. Zij is een uitwerking van Richtlijn 85/374 EEG, zie hoofdstuk 5, par. 5.2.1.

is alleen anders wanneer de patiënt meent dat de fout van de arts grove nalatigheid of opzet inhoudt; in dat geval rust de bewijslast van die grove nalatigheid of de opzet op de patiënt.¹⁴⁵ Van afwezigheid van schuld moet worden onderscheiden de afwezigheid van wederrechtelijkheid van het gedrag, bijvoorbeeld in geval van behandeling in een noodtoestand zonder dat toestemming voor behandeling is gegeven, zo volgt uit § 1306a ABGB.

Naast een fout is voor een recht op schadevergoeding vereist dat er schade is opgetreden en dat een causaal verband, in de zin van *condicio sine qua non*-verband, bestaat tussen de fout en de schade van de patiënt.¹⁴⁶ De bewijslast hiervan rust op de patiënt.¹⁴⁷ Wat de schade betreft is het noodzakelijk om de financiële gevolgen te beschrijven, al brengt § 273 *Zivilprozessordnung* een verlichte bewijslast met zich wanneer het onredelijk is gebleken elk detail van de schade te omschrijven of in geld uit te drukken.¹⁴⁸ Wat het aannemen van causaal verband betreft, is voldoende dat de waarschijnlijkheidsgraad voor een causaal verband ‘significant hoog’ is.¹⁴⁹ Wanneer bovendien het verloop van de feiten typisch is voor de ontstane schade wordt causaal verband aangenomen ook al kan niet onomstotelijk worden aangetoond dat het verband aanwezig is.¹⁵⁰ Ook wanneer het duidelijk is dat de arts een fout heeft gemaakt die de kans op het ontstaan van bepaalde schade meer dan onbeduidend heeft vergroot,¹⁵¹ wordt causaal verband aangenomen behoudens door de arts te leveren tegenbewijs.¹⁵² Dit laatste geldt evenzeer wanneer een veiligheidsnorm is geschonden.¹⁵³ Voorts werkt onvoldoende documentatie in het patiëntendossier in het voordeel van de patiënt,¹⁵⁴ in die zin dat een fout wordt vermoed en de arts tegenbewijs mag leveren.¹⁵⁵

145 B.A. Koch, ‘Medical Liability in Austria’ in: B.A. Koch e.a., *Medical Liability in Europe*, Berlijn: De Gruyter 2011, p. 13. Zie ook B.A. Koch, ‘Medical malpractice in Austria’, *Chicago-Kent Law Review* vol. 86, no. 3, 2011, p. 102-1052.

146 A. Leischner, *Medical Law in Austria*, Alphen aan den Rijn: Kluwer International 2011, nr. 138.

147 OGH 16 maart 1989, zaaknr. 8 Ob 525/88; OGH 25 januari 1994, zaaknr. 1 Ob 525/88 en OGH 31 januari 1995, zaaknr. 4 Ob 509/95.

148 Oorspronkelijke wet van 1 augustus 1895, *Reichsgesetzblatt* 1895, 365.

149 OGH 12 december 2007, zaaknr. 7 Ob 255/07m.

150 OGH 31 mei 1990, zaaknr. 6 Ob 702/89. Zie hierover ook B.A. Koch, ‘Medical Liability in Austria’ in: B.A. Koch e.a., *Medical Liability in Europe*, Berlijn: De Gruyter 2011, p. 11.

151 De significantie dient wel door de patiënt te worden aangetoond.

152 OGH 29 januari 2008, zaaknr. 1 Ob 138/07m. Zie ook B.A. Koch, ‘Medical Liability in Austria’ in: B.A. Koch e.a., *Medical Liability in Europe*, Berlijn: De Gruyter 2011, p. 11-12.

153 B.A. Koch, ‘Medical Liability in Austria’ in: B.A. Koch e.a., *Medical Liability in Europe*, Berlijn: De Gruyter 2011, p. 11-12.

154 Op grond van § 51 *Ärztegesetz* en § 5 *Gesundheits- und Krankenpflegegesetz* rust op de arts de verplichting een patiëntendossier aan te leggen.

155 B.A. Koch, ‘Medical Liability in Austria’ in: B.A. Koch e.a., *Medical Liability in Europe*, Berlijn: De Gruyter 2011, p. 12-13.

In de eerder geïllustreerde zaak van de patiënte met het nervus radialis letsel overwoog het *Oberste Gerichtshof* daartoe als volgt: ‘Es ist heute im Gegensatz zur älteren Rechtsprechung allgemein anerkannt, daß die ärztliche Dokumentation in Form von Operationsberichten udgl. nicht nur eine interne Gedächtnisstütze des Arztes darstellt, die er führen kann oder auch nicht, sondern daß sie im Rahmen der ordnungsgemäßen Erfüllung des abgeschlossenen Behandlungsvertrages geschuldet wird (...). Der erkennende Senat hat sich in der Entscheidung JBl 1991, 453 dazu bekannt, daß die Beweislastumkehr nach § 1298 ABGB¹⁵⁶ auch bei der Verletzung von vertraglichen Nebenpflichten Platz greift. Er hat diese Beweislastumkehr allerdings daran geknüpft, daß nach “der Schluß gerechtfertigt erscheint, daß der kausal handelnde Schädiger eine Sorgfaltspflicht verletzt hat.. Bydlinski hat in JBl 1992, 341, 347 die Auffassung vertreten, daß dann, wenn zumindest prima facie von einem zumindest sorgfaltswidrigen Verhalten auf der Schuldnerseite auszugehen ist, Verschulden vermutet werden kann. Objektiv mangelhafte und damit unkontrollierbare Umstände in der Schuldnersphäre rechtfertigen die Beweislastumkehr.’¹⁵⁷

Andere oplossingen voor bewijsrechtelijke problemen ten aanzien van het causaal verband zijn gelegen in het aannemen van hoofdelijke aansprakelijkheid van artsen bij een geval van alternatieve causaliteit,¹⁵⁸ en de leer van de proportionele aansprakelijkheid.¹⁵⁹ Is sprake van een schending van de informatieplicht (in Oostenrijk wordt dit aangeduid met de term *Aufklärungsfehler*),¹⁶⁰ dan ligt een oplossing in een vergoeding voor de inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt. Kan de arts niet aantonen dat de patiënt heeft

156 Opgemerkt wordt dat dit géén echte omkering van de bewijslast betreft. § 1298 ABGB geeft immers een regel van bewijslastverdeling weer en bepaalt dat op de arts de plicht rust om de afwezigheid van schuld aan de niet-nakoming van de contractsverplichting aan te tonen.

157 OGH 25 januari 1994, 1 Ob 532/94.

158 § 1301 ABGB. Zie hierover ook B.A. Koch, ‘Medical Liability in Austria’ in: B.A. Koch e.a., *Medical Liability in Europe*, Berlijn: De Gruyter 2011, p. 13 en B.A. Koch, ‘Medical malpractice in Austria’, *Chicago-Kent Law Review* vol. 86, no. 3, 2011, p. 102-1052.

159 Grondslag wordt gevormd door § 1301 ABGB in combinatie met § 1304 ABGB. Zie daarover ook B.A. Koch, ‘Medical Liability in Austria’ in: B.A. Koch e.a., *Medical Liability in Europe*, Berlijn: De Gruyter 2011, p. 14; B.A. Koch, ‘Medical malpractice in Austria’, *Chicago-Kent Law Review* vol. 86, no. 3, 2011, p. 102-1052 en A. Leischner, *Medical Law in Austria*, Alphen aan den Rijn: Kluwer International 2011, nr. 139. Grondlegger van de proportionele aansprakelijkheid is Franz Bydlinski (1964). Zie voor voorbeelden OGH 9 november 1989, zaaknr. 7 Ob 648/89 en OGH 7 november 1995, zaaknr. 4 Ob 554/95.

160 In Oostenrijk rust op de arts de plicht om de patiënt tijdig te informeren over de diagnose, het behandelbeleid en de risico’s van de behandeling. Zie uitvoeriger B.A. Koch, ‘Medical Liability in Austria’ in: B.A. Koch e.a., *Medical Liability in Europe*, Berlijn: De Gruyter 2011, p. 26-27 en B.A. Koch, ‘Medical malpractice in Austria’, *Chicago-Kent Law Review* vol. 86, no. 3, 2011, p. 102-1052.

ingestemd met de behandeling zoals verricht, dan is hij ook aansprakelijk voor de gezondheidsschade.¹⁶¹

Schadeposten die voor vergoeding in aanmerking komen zijn extra kosten van geneeskundige behandeling, revalidatie, kosten van verpleging en verzorging, verlies van inkomen en aanpassingen aan de woning van de patiënt, zo volgt uit § 1325 ABGB. Op grond van § 1326 ABGB komen voorts voor vergoeding in aanmerking de verloren kansen in verband met toekomstig inkomen, maar bijvoorbeeld ook de definitief verminderde kans op het vinden van een partner en de hiermee verband houdende financiële aspecten.¹⁶² Immateriële schade komt eveneens voor vergoeding in aanmerking, zo volgt uit § 1325 ABGB. De hoogte van de vergoeding hangt af van de omstandigheden van het geval, waaronder de soort schade en de ernst van de gevolgen.¹⁶³ Ook derden kunnen ingevolge § 1325 ABGB schade, zoals kosten voor bezoek en verzorging (overeenkomstig de uitgespaarde kosten van een professionele verzorger), op de aansprakelijke arts verhalen. Is de patiënt als gevolg van de fout overleden, dan hebben nabestaanden ingevolge § 1327 ABGB een aanspraak op vergoeding van begrafeniskosten en verloren onderhoudsbijdrage. Naar Oostenrijks recht hebben voorts ook naasten van de patiënt aanspraak op een vergoeding van immateriële schade.¹⁶⁴

Opgemerkt werd reeds dat de andere grondslag tot verhaal van schade gevormd wordt door de onrechtmatige daad. De onrechtmatige daad biedt de basis wanneer een overeenkomst tussen de patiënt en/of de arts of het ziekenhuis ontbreekt. Daarnaast kan de grondslag door de patiënt worden ingeroepen ook al is er een contract: § 1295 ABGB sluit een samenloop van grondslagen niet uit. Voor de patiënt heeft deze grondslag echter als nadeel dat de patiënt moet aantonen dat de arts schuld heeft en dat hij het vermoeden van § 1296 ABGB (de schade is veroorzaakt zonder de schuld van een ander) moet verwerpen.¹⁶⁵

161 Zie over informed consent nader B.A. Koch, 'Medical Liability in Austria' in: B.A. Koch e.a., *Medical Liability in Europe*, Berlijn: De Gruyter 2011, p. 25-26 en A. Leischner, *Medical Law in Austria*, Alphen aan den Rijn: Kluwer International 2011, nr. 131. Behandelen zonder toestemming van de patiënt is strafbaar gesteld in § 110 *Strafgesetzbuch*.

162 OGH 7 mei 2003, zaaknr. 7 Ob 36/03z. Zie ook B.A. Koch, 'Medical Liability in Austria' in: B.A. Koch e.a., *Medical Liability in Europe*, Berlijn: De Gruyter 2011, p. 33-35 en B.A. Koch, 'Medical malpractice in Austria', *Chicago-Kent Law Review* vol. 86, no. 3, 2011, p. 1041-1043.

163 Zie ook B.A. Koch, 'Medical Liability in Austria' in: B.A. Koch e.a., *Medical Liability in Europe*, Berlijn: De Gruyter, 2011, p. 36 en B.A. Koch, 'Medical malpractice in Austria', *Chicago-Kent Law Review* vol. 86, no. 3, 2011, p. 102-1052.

164 Zie bijvoorbeeld OGH 26 juni 2008, zaaknr. 2 Ob 55/08i.

165 De voorwaarde van wederrechtelijk gedrag volgt uit § 1294 ABGB.

Beslissend voor het antwoord op de vraag of het gedrag wederrechtelijk is, is of deze arts met deze mogelijkheden fout gehandeld heeft (subjectief criterium).¹⁶⁶

Hoewel bij aanvang werd opgemerkt dat vergoeding van schade van oudsher gebeurt aan de hand van het civiele aansprakelijkheidsrecht zoals hiervoor op hoofdlijnen besproken, mag niet onvermeld worden gelaten dat Oostenrijk een aanvullend systeem kent, dat neerkomt op een vergoeding uit een van de *Patientenentschädigungsfonds*.¹⁶⁷ De fondsen worden gefinancierd door de patiënten zelf. De fondsen vallen onder de verantwoordelijkheid van de provincies en functioneren daarom niet in elke provincie op dezelfde wijze.¹⁶⁸ De gemene deler is echter dat een vergoeding kan volgen, ook al is een fout van de arts niet aangetoond. In 2010 kwam dit neer op een vergoeding voor 122 patiënten.¹⁶⁹

Voor een uitkering uit het fonds van Niederösterreich bijvoorbeeld is vereist dat zich een zeldzame ernstige complicatie heeft voorgedaan met uitzonderlijke schade voor de patiënt.¹⁷⁰ Een uitkering uit het fonds van Tirol bijvoorbeeld kan maximaal € 35.000 bedragen of € 70.000 bij bijzonder ernstige schade. Voorwaarde is dat een uitkering uit anderen hoofde niet kan worden verkregen.¹⁷¹ Ook Salzburg kent gemaximeerde vergoedingen. Het uit te keren bedrag is maximaal € 22.000 of € 70.000 bij bijzondere schade.¹⁷² Burgenland kan op zijn beurt een bedrag van maximaal € 25.000 uitkeren.¹⁷³

Oostenrijk kent voorts een *Solidarfonds* dat uitkeert in die gevallen waarin verhaal onmogelijk is gebleken door bijvoorbeeld de afwezigheid van een aansprakelijkheidsverzekeraar die kan uitkeren.¹⁷⁴ Speciale fondsen tot slot zijn opgericht voor de patiënten die een transfusie hebben ondergaan met HIV besmet bloed en donoren die bij hun bloeddonatie Hepatitis C opliepen.¹⁷⁵

166 B.A. Koch, 'Medical Liability in Austria' in: B.A. Koch e.a., *Medical Liability in Europe*, Berlijn: De Gruyter 2011, p. 10.

167 Deze mogelijkheid is verankerd in § 27a onder 5 en 6 Krankenanstalten- und Kuranstaltengesetz.

168 Zie voor een uiteenzetting van het fondssysteem G. Bachinger, *The system of the patient Advocacies in Austria*, NÖ Patienten- und pflegeanwalt, november 2005.

169 NÖ Patienten-Entschädigungsfonds – Tätigkeitsbericht 2010, te downloaden via <www.patientenanwalt.com>.

170 Informatieblad van het fonds van Niederösterreich, te downloaden via <www.patientenanwalt.com>.

171 Informatieblad van het fonds van Tirol, te downloaden via <www.tirol.gv.at>.

172 Informatieblad van het fonds van Salzburg, te downloaden via <www.salzburg.gv.at>.

173 Informatieblad van het fonds van Burgenland, te downloaden via <www.burgenland.at>.

174 De grondslag daarvoor is § 118, Ärztegesetz.

175 Zie nader B.A. Koch, 'Medical Liability in Austria' in: B.A. Koch e.a., *Medical Liability in Europe*, Berlijn: De Gruyter 2011, p. 30-32. Zie ook J.C.J. Dute, M.G. Faure en H. Koziol, *Onderzoek No-fault compensatiesysteem*, Reeks evaluatie regelgeving deel 13, Den Haag: Zonmw 2002, p. 142.

10.2.3.2 Verhaal van schade in de Oostenrijkse praktijk

Verhaal van schade vindt in Oostenrijk zowel in- als buiten rechte plaats. Buiten rechte vervullen ten eerste de *Patienten-anwaltschaften* een rol. Ingevolge § 11e *Krankenanstalten- und Kuranstaltengesetz* zijn de negen provincies van Oostenrijk verplicht een *Patienten-anwaltschaft* in te stellen, ook wel *Patientenvertretung* genoemd, welke worden gefinancierd door de overheid.¹⁷⁶ Aan het hoofd van een *Patienten-anwaltschaft* staat doorgaans een jurist.¹⁷⁷ Veelal beschikken ziekenhuizen daarnaast over een klachtenfunctionaris die de patiënt de weg wijst naar het *Patienten-anwaltschaft* en met wie het *Patienten-anwaltschaft* samenwerkt. Teneinde de samenwerking tussen de verschillende *Patienten-anwaltschaften* te bevorderen is in 2000 bovendien een werkgroep/organisatie (Arge) opgericht, wier leden tevens als expert in de individuele *Patienten-anwaltschaften* optreden.¹⁷⁸

De *Patienten-anwaltschaften* hebben de taak om de patiënten die in de desbetreffende provincie wonen, kosteloos bij te staan bij het uitzetten van hun klachten – dit kunnen zowel bejegeningssklachten als medische fouten betreffen, maar ook klachten over de vergoeding van een medische behandeling en de organisatie van de zorg in een ziekenhuis – tegen ziekenhuizen en overige zorginstellingen. Enkele *Patienten-anwaltschaften* zijn ook bevoegd om patiënten bij te staan wanneer zij een klacht hebben tegen een individuele arts. De *Patienten-anwaltschaften* treden niet in rechte op, maar zij zijn wel bevoegd om namens de patiënt onderhandelingen te voeren over een minnelijke schikking met het ziekenhuis of zijn beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar.¹⁷⁹ Lijkt een behandelingsfout aan de orde te zijn, dan wordt bij de onderhandelingen de hulp van een (gerechtelijk) medisch deskundige ingeroepen. Deze medisch expert wordt geacht een rapport uit te brengen op basis van het medisch dossier en de visie van zowel de patiënt als het ziekenhuis. Wordt een minnelijke schikking bereikt, dan is deze bindend en wordt zij in een vaststellingsovereenkomst vastgelegd. Komt het tot een schadevergoeding, dan wordt deze veelal door middel van een lump-sum bedrag uitgekeerd in overeenstemming met het aansprakelijkheidsrecht. Voorts vervullen de *Patienten-anwaltschaften* een filterende rol door negatief

176 Wet van 18 december 1956, Bundesgesetzblatt 7 januari 1957. De negen provincies zijn Burgenland, Kärnten (Karinthië), Niederösterreich, Oberösterreich, Salzburg, Steiermark, Tirol, Vorarlberg, en Wenen. Jaarlijks wordt een bedrag aan elk *Patienten-anwaltschaft* toegekend. Zie voor een voorbeeld Tätigkeitsbericht Burgenland 2008/2009.

177 In Kärnten en Salzburg staat een arts aan het hoofd van de *Patienten-anwaltschaft*.

178 G. Bachinger, The system of the patient Advocacies in Austria, NÖ Patienten- und pflegeanwalt, november 2005. Zie ook de verschillende, jaarlijks uitgebrachte, Tätigkeitsberichten van de negen provincies.

179 J.C.J. Dute, M.G. Faure en H. Koziol, Onderzoek No-fault compensatiesysteem, Reeks evaluatie regelgeving deel 13, Den Haag: Zonmw 2002, p. 98. In Oostenrijk geldt voor zowel (tand)artsen als ziekenhuizen de verplichting om een beroepsaansprakelijkheidsverzekering af te sluiten (§ 52d Ärztesgesetz, § 26c Zahnärztegesetz en § 5c Krankenanstalten- und Kuranstaltengesetz). Patiënten hebben het recht om een vordering direct bij de verzekeraar neer te leggen, zie B.A. Koch, 'Medical Liability in Austria' in: B.A. Koch e.a., Medical Liability in Europe, Berlijn: De Gruyter 2011, p. 7.

te adviseren over zaken waarin geen succes valt te behalen en bieden zij de patiënt een eerste luisterend oor. Daarnaast kunnen zij het ziekenhuis of de arts op wie de klacht betrekking had een aanbeveling doen om een zelfde probleem in de toekomst te doen voorkomen.¹⁸⁰ Terzijde wordt nog opgemerkt dat ingevolge § 58a *Ärztegesetz* de minnelijke procedure een schorsende werking heeft ten aanzien van de verjaringstermijn.¹⁸¹

Een tweede rol spelen de *Schiedsstellen*. Alle provincies, met uitzondering van Salzburg, beschikken over een *Schiedsstelle*, dat bestaat uit een rechter, een medisch expert en een juridisch expert. Afhankelijk van de provincie kan de *Schiedsstelle* uitgebreid zijn met een lid-arts, een lid van de *Patienten-anwaltschaften* of een lid van een medische staf van een ziekenhuis. Zij zijn opgericht tegen de achtergrond van de wens om patiënten en artsen een lange en kostenintensieve juridische procedure te besparen.¹⁸²

In de meeste provincies wordt de *Schiedsstelle* bestuurd door de *Landesärztekammer* – een vereniging waar artsen verplicht lid van zijn – of wordt met de *Landesärztekammer* samengewerkt. Hun hoofdtak is om geschillen waarin een medische fout aan de orde is tot een oplossing te brengen. Oftewel, wanneer partijen met behulp van de *Patienten-anwaltschaften* er niet in zijn geslaagd om een minnelijke schikking te bereiken, dan kunnen zowel patiënten als artsen hun geschil kosteloos (behoudens eventuele kosten van een eigen advocaat die om advies of bijstand is gevraagd) aan een *Schiedsstelle* voorleggen, met dien verstande dat het eerste contact binnen de (civiele) verjaringstermijn gelegd moet zijn en dat een civiele procedure voor de rechter niet aanhangig mag zijn of worden aangebracht gedurende de tijd dat de procedure bij de *Schiedsstelle* gaande is.¹⁸³

Wordt het geschil, al dan niet op voordracht van de *Patienten-anwaltschaft*, aan de *Schiedsstelle* voorgelegd, dan volgt een eerste beoordeling door de voorzitter. Acht deze het advies van een medisch deskundige nodig, dan wordt dit aangevraagd. De *Schiedsstelle* neemt daarnaast in het kader van de beoordeling kennis van het medisch dossier van de patiënt (de patiënt dient hiervoor vooraf toestemming te verlenen). De beoordeling van de *Schiedsstelle* kan tot het oordeel leiden dat een medische fout niet is aangetoond of dat de patiënt recht heeft op een schadevergoeding onder de voorwaarde dat partijen de

180 B.A. Koch, 'Medical Liability in Austria' in: B.A. Koch e.a., *Medical Liability in Europe*, Berlijn: De Gruyter 2011, p. 37-38. Zie uitvoeriger G. Bachinger, *The system of the patient Advocacies in Austria*, NÖ Patienten- und pflegeanwalt, november 2005.

181 Ingevolge § 1489 ABGB verjaart de vordering van de patiënt drie jaren na bekendheid met de schade en de veroorzaker van de schade. Stuiting van de verjaringstermijn is mogelijk, aldus § 228 *Zivilprozessordnung*.

182 G. Bachinger, *The system of the patient Advocacies in Austria*, NÖ Patienten- und pflegeanwalt, november 2005.

183 G. Bachinger, *The system of the patient Advocacies in Austria*, NÖ Patienten- und pflegeanwalt, november 2005.

onderhandeling oppakken. Een andere mogelijkheid is dat de *Schiedsstelle* een voorstel doet aan het ziekenhuis of de arts om een bepaald bedrag als schadevergoeding te betalen. Een dergelijk voorstel is niet bindend. In de praktijk blijken de voorstellen echter vaak te worden gevolgd en komt het zelden nog tot een gerechtelijke procedure.¹⁸⁴

In 2009 werden bij de verschillende *Patientenadvocaten* ongeveer 8.000 klachten of hulpvragen ingediend.¹⁸⁵ Uit de jaarberichten van de verschillende *Patientenadvocaten* blijkt dat tien- of honderdtallen (afhankelijk van het aantal ingediende klachten en beslist niet meer dan 25%) zaken daadwerkelijk tot een vergoeding leiden door bemiddeling en dat enkele tientallen zaken op voorstel van de *Schiedsstellen* tot een vergoeding leidt. Slechts enkele zaken per jaar worden door de rechter afgedaan.¹⁸⁶

Komt het wel tot een procedure, dan zal de patiënt of de arts zich tot de rechter moeten wenden. Een procedure is voor de patiënt niet kosteloos.¹⁸⁷

10.2.4 Een aansprakelijkheidssysteem met een wettelijke verankering van bewijsvermoedens

10.2.4.1 Het wettelijk kader van het Duitse aansprakelijkheidssysteem

Vergoeding van schade die de patiënt lijdt als gevolg van een geneeskundige behandeling gebeurt ook in Duitsland van oudsher aan de hand van een civiel aansprakelijkheidssysteem. Civiele aansprakelijkheid is geregeld in het *Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)*.¹⁸⁸ De patiënt heeft de keuze of hij zijn recht op schadevergoeding baseert op een tekortkoming in de nakoming van een verplichting uit overeenkomst of op basis van een onrechtmatige daad.¹⁸⁹

184 J.C.J. Dute, M.G. Faure en H. Koziol, Onderzoek No-fault compensatiesysteem, Reeks evaluatie regelgeving deel 13, Den Haag: Zonmw 2002, p. 98; B.A. Koch, 'Medical Liability in Austria' in: B.A. Koch e.a., Medical Liability in Europe, Berlijn: De Gruyter 2011, p. 38-39 en B.A. Koch, 'Medical malpractice in Austria', *Chicago-Kent Law Review* vol. 86, no. 3, 2011, p. 102-1052. Zie voor een uiteenzetting van de werkwijze ook G. Bachinger, The system of the patient Advocacies in Austria, NÖ Patienten-und pflegeanwalt, november 2005.

185 Burgenland: Tätigkeitsbericht 2008/2009 210 zaken in 2009; Kärnten Tätigkeitsbericht 2010 489 zaken in 2009 en 451 in 2010; Niederösterreich Tätigkeitsbericht 2010 1248 zaken in 2009 en 1293 in 2010; Oberösterreich Tätigkeitsbericht 2010 148 zaken in 2009 en 140 zaken in 2010; Salzburg onbekend; Steiermark Tätigkeitsbericht 2010 2033 zaken in 2009 en 1848 in 2010; Tirol onbekend; Vorarlberg Jahresbericht 2009 676 zaken in 2009 en Wenen Tätigkeitsbericht 2010 2634 zaken in 2009 en 2506 zaken in 2010.

186 Zie de Tätigkeitsberichten van de *Patientenadvocaten* die kunnen worden gedownload via de websites van de verschillende *Patientenadvocaten*.

187 B.A. Koch, 'Medical malpractice in Austria', *Chicago-Kent Law Review* vol. 86, no. 3, 2011, p. 102-1052.

188 Wet van 18 augustus 1896.

189 M.S. Stauch, 'Medical malpractice in Germany', *Chicago-Kent Law Review* vol. 86, no. 3, 2011, p. 1143.

Van oudsher wordt ervan uitgegaan dat tussen de patiënt en de arts in de meeste gevallen een contractuele rechtsverhouding ontstaat. De overeenkomst tussen arts en patiënt werd vroeger getypeerd als een overeenkomst van opdracht, een *Dienstvertrag*.¹⁹⁰ Sinds de inwerkingtreding van Boek 2, hoofdstuk 8, titel 8, ondertitel 2, *BGB* op 20 februari 2013 is de contractuele rechtsverhouding als uitgangspunt gehandhaafd en wordt zij geduid als een behandelingsovereenkomst, een *Behandlungsvertrag*.¹⁹¹ In Boek 2, hoofdstuk 8, titel 8, ondertitel 2, § 630a – § 630h *BGB* is een aantal ‘klassieke’ verplichtingen van de arts en het ziekenhuis ten opzichte van de patiënt uitdrukkelijk geregeld. De informatieplicht bijvoorbeeld is geregeld in § 630e *BGB* en het vereiste van toestemming voor een behandeling in § 630d *BGB*. De dossierplicht is wettelijk verankerd in § 630f *BGB*. Dat behandeling van de patiënt conform de professionele standaard moet geschieden is geregeld in § 630a onder (2) *BGB*.

Onder het ‘oude’ recht was dit laatste reeds een plicht die uit de jurisprudentie van het *Bundesgerichtshof* (BGH) volgde.¹⁹² Het betreft een objectief criterium. Het feit dat een bepaalde handeling gebruikelijk is wil nog niet zeggen dat er geen sprake kan zijn van een tekortkoming. De arts moet al het noodzakelijke doen om gezondheidsschade bij de patiënt te voorkomen.¹⁹³

De omstandigheid dat doorgaans een behandelingsovereenkomst wordt gesloten heeft tot gevolg dat in de meeste gevallen de tekortkoming de grondslag voor schadevergoeding vormt. De hoofdregels voor een recht op schadevergoeding wegens een tekortkoming zijn neergelegd in § 276 *BGB* en § 280 *BGB*. Uit het eerste artikel onder (1) volgt dat een arts of een ziekenhuis aansprakelijk is voor opzettelijk of nalatig handelen. Onder (2) is voorts bepaald dat een persoon – de arts bijvoorbeeld – nalatig handelt als hij de vereiste zorgvuldigheid niet betracht. Uit het tweede artikel onder (1) volgt dat de patiënt recht heeft op schadevergoeding, indien de arts of het ziekenhuis zijn contractuele verplichting niet is nagekomen en de schade het gevolg daarvan is. Zonder een aan schuld te wijten tekortkoming blijft de schade daar waar zij gevallen is: bij de patiënt.¹⁹⁴

De bewijslast van zowel de aanwezigheid van een tekortkoming als het causaal verband – vereist is een *condicio sine qua non*-verband – tussen de tekortkoming en de schade rust

190 M.S. Stauch, ‘Medical malpractice in Germany’, *Chicago-Kent Law Review* vol. 86, no. 3, 2011, p. 1144-1145.

191 Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten, 20 februari 2013, BR-Drucksache 7/13 (B), gepubliceerd in het Bundesgesetzblatt, jaargang 2013, deel 1, nr. 9, Bonn 25 februari 2013.

192 BGH 13 juni 1960, NJW 1961, 600. Zie ook BGH 27 september 1983, NJW 1984, 655.

193 BHG 13 oktober 1964, NJW 1965, 345.

194 M.S. Stauch, ‘Medical malpractice in Germany’, *Chicago-Kent Law Review* vol. 86, no. 3, 2011, p. 1144.

op de patiënt.¹⁹⁵ De bewijslast van de afwezigheid van schuld aan de fout rust daarentegen op de arts of het ziekenhuis, zo volgt uit § 280 *BGB* onder (1) tweede zin. Net als in Nederland is de maatstaf voor het beoordelen van de tekortkoming en de toerekenbaarheid wegens schuld dezelfde, met als gevolg dat het ontbreken van schuld in maar zeer weinig gevallen wordt aangenomen.¹⁹⁶ Bovendien wil afwezigheid van schuld niet zeggen dat de tekortkoming niet toe te rekenen is; op grond van § 278 *BGB* bijvoorbeeld komt een fout van de arts voor rekening van het ziekenhuis.

Per 20 februari 2013 zijn de hoofdregels wat het bewijs in medische kwesties betreft uitgewerkt in Boek 2, hoofdstuk 8, titel 8, ondertitel 2, *BGB*. Naast de wettelijke regeling van de verplichtingen uit hoofde van de behandelingsovereenkomst heeft Duitsland met de aanpassing van het *BGB* namelijk gekozen voor een wettelijke verankering van bewijsvermoedens bij ‘*behandlungsfehler*’ (behandelfouten).¹⁹⁷ Deze bewijsvermoedens zijn met name gebaseerd op reeds geldende jurisprudentie.¹⁹⁸ De arts kan, zoals te doen gebruikelijk bij een bewijsvermoeden, tegenbewijs leveren.

Een eerste bewijsvermoeden geldt bij vermijdbare (*voll beherrschbare*) schade: in dat geval wordt een fout van de hulpverlener vermoed, aldus § 630h, onder (1) *BGB*. De patiënt dient wel aan te tonen dat zich een vermijdbaar risico verwezenlijkt heeft. Vermijdbare risico’s die in de toelichting op het artikel worden genoemd zijn het falen van medische apparatuur, organisatorische problemen en problemen met de hygiëne.¹⁹⁹

In de jurisprudentie werd een dergelijk vermoeden reeds sinds de zeventiger jaren aangenomen.²⁰⁰ De reden voor wettelijke verankering van het bewijsvermoeden is de bijzondere kwetsbaarheid van de patiënt en de omstandigheid dat organisatorische misstanden en risico’s regelmatig voor de patiënt verborgen

195 F.M. Petry, ‘Medical Liability in Germany’ in: B.A. Koch e.a., *Medical Liability in Europe*, Berlijn: De Gruyter 2011, p. 249-250 en M.S. Stauch, ‘Medical malpractice in Germany’, *Chicago-Kent Law Review* vol. 86, no. 3, 2011, p. 1149-1153.

196 M.S. Stauch, ‘Medical malpractice in Germany’, *Chicago-Kent Law Review* vol. 86, no. 3, 2011, p. 1144.

197 Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten. De wet is op 29 november 2012 aangenomen, zie Bundesrat Drucksache 7/13, 11 januari 2013. Het ontwerp draagt het Drucksache nummer 312/12 (25 mei 2012) en is aangeboden aan de Bundestag op 15 augustus 2012 (Drucksache 17/10488). Zie voor een overzicht van de Parlementaire behandeling het documentatie- en informatiesysteem van de Duitse Bundestag DIP (Dokumentations- und Informationssystem für Parlamentarische Vorgänge) <www.dipbt.bundestag.de>.

198 Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten, Drucksache 312/12, p. 39.

199 Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten, Drucksache 312/12, p. 40.

200 BGH 11 oktober 1977, *NJW* 1978, 584. Zie voor een bespreking van de jurisprudentie op dit punt M.S. Stauch, ‘Medical malpractice in Germany’, *Chicago-Kent Law Review* vol. 86, no. 3, 2011, p. 1151.

blijven. De patiënt moet er op kunnen vertrouwen dat de hulpverlener alle nodige maatregelen treft om de patiënt tegen typische risico's van de behandeling te beschermen.²⁰¹

In § 630h, onder (2) is geen bewijsvermoeden geregeld, maar blijkt dat de bewijslast ten aanzien van de toestemming voor behandeling bij de arts ligt. Dit zelfde geldt voor het nakomen van de informatieplicht. Voldoet de door de arts gegeven informatie niet aan de vereisten zoals bepaald in § 630e BGB, dan krijgt de arts de mogelijkheid om aan te tonen dat de patiënt bij voldoende informatie met de behandeling zou hebben ingestemd (*hypothetische Einwilligung*).

Uit de rechtspraak kan worden afgeleid dat de arts in veel gevallen een informatieplicht heeft als het gaat om de risico's van een behandeling.²⁰² Omdat bij een schending van de informatieplicht en het uitblijven van het bewijs van toestemming een verband met de schade wordt aangenomen, worden veel medische zaken op deze manier afgedaan. Een verband wordt evenwel niet aangenomen, indien de aard van de geleden schade niet binnen de reikwijdte van de informatieplicht viel, een verweer dat overigens niet snel slaagt.²⁰³

Een tweede bewijsvermoeden is neergelegd in § 630h, onder (3) BGB: als de hulpverlener een bepaalde handeling niet in het medisch dossier heeft genoteerd, dan wordt de handeling vermoed niet te zijn verricht.²⁰⁴ Ingevolge § 630h, onder (4) BGB voorts wordt een behandeling die is verricht door een hulpverlener die niet bevoegd was om die behandeling te verrichten, vermoed de oorzaak te zijn van de schade. In geval van een grove behandelingsfout die geëigend is om bepaalde schade te veroorzaken (*grobe Behandlungsfehler*), wordt eveneens het causaal verband met de schade vermoed, zo volgt uit § 630h, onder (5) BGB.²⁰⁵ De regel is vergelijkbaar met 'de omkeringsregel', zoals die in de Nederlandse

201 Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten, Drucksache 312/12, p. 40.

202 Zie bijvoorbeeld BGH 15 februari 2000, NJW 2000, 1784. Zie voor een bespreking van de jurisprudentie op dit punt M.S. Stauch, 'Medical malpractice in Germany', *Chicago-Kent Law Review* vol. 86, no. 3, 2011, p. 1157.

203 M.S. Stauch, 'Medical malpractice in Germany', *Chicago-Kent Law Review* vol. 86, no. 3, 2011, p. 1158. Zie over (jurisprudentie betreffende) informed consent ook F.M. Petry, 'Medical Liability in Germany' in: B.A. Koch e.a., *Medical Liability in Europe*, Berlijn: De Gruyter 2011, p. 263-265.

204 Zie nader Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten, Drucksache 312/12, p. 42-43.

205 Zie nader Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten, Drucksache 312/12, p. 44. Zie voor een voorbeeld uit de jurisprudentie BGH 10 mei 1983, NJW 1983, 2080. Zie voor een bespreking van de jurisprudentie op dit punt M.S. Stauch, 'Medical malpractice in Germany', *Chicago-Kent Law Review* vol. 86, no. 3, 2011, p. 1155.

jurisprudentie gestalte heeft gekregen. Wel dient de patiënt een grove behandelingsfout aan te tonen, hetgeen naar objectieve maatstaven wordt bepaald. Met een grove behandelingsfout wordt gelijkgesteld een ‘fundamentele diagnostische fout’.²⁰⁶

Staat de tekortkoming en het *condicio sine qua non*-verband tussen de tekortkoming en de schade van de patiënt vast, dan heeft hij ingevolge § 249 onder (1) *BGB* recht op herstel in de oude situatie. Is herstel niet mogelijk, dan kan ‘herstel’ geschieden door betaling van een geldbedrag, aldus § 251 *BGB*. Schade die voor vergoeding in aanmerking komt kan vermogensschade betreffen, maar ook immateriële schade, zo volgt uit § 253 (onder 2) *BGB*.²⁰⁷ Vermogensschade omvat doorgaans ziektekosten, verlies verdienenvermogen, kosten voor aanpassing van de woning, kosten voor huishoudelijke hulp en (buiten)gerechtelijke kosten. Ook derden kunnen schade, zoals kosten voor bezoek en verzorging (overeenkomstig de uitgespaarde kosten van een professionele verzorger), op de aansprakelijke arts verhalen. Zij hebben echter geen recht op vergoeding van affectieschade.²⁰⁸

Opgemerkt werd reeds dat de andere grondslag tot verhaal van schade gevormd wordt door de onrechtmatige daad. De onrechtmatige daad biedt de basis wanneer een overeenkomst tussen de patiënt en/of de arts of het ziekenhuis ontbreekt. Daarnaast kan zij door de patiënt worden ingeroepen ook al is er een contract. De grondslag van de onrechtmatige daad is wettelijk verankerd in § 823 *BGB*. Sinds een aanpassing van het *BGB* in 2002 zijn de basisregels van de tekortkoming en de onrechtmatige daad gelijklopend.²⁰⁹ De bewijsvermoedens zijn echter niet van toepassing.

10.2.4.2 Verhaal van schade in de Duitse praktijk

Verhaal van schade vindt in Duitsland zowel in- als buiten rechte plaats. Buiten rechte vervullen de *Gutachterkommissionen* en *Schlichtungsstellen*, vergelijkbaar met arbitragecommissies, een grote rol.²¹⁰ De *Gutachterkommissionen* en *Schlichtungsstellen* bestaan uit

206 Zie nader Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten, Drucksache 312/12, p. 44.

207 Zie nader F.M. Petry, ‘Medical Liability in Germany’ in: B.A. Koch e.a., *Medical Liability in Europe*, Berlijn: De Gruyter 2011, p. 266-272 en M.S. Stauch, ‘Medical malpractice in Germany’, *Chicago-Kent Law Review* vol. 86, no. 3, 2011, p. 1159.

208 Zie nader F.M. Petry, ‘Medical Liability in Germany’ in: B.A. Koch e.a., *Medical Liability in Europe*, Berlijn: De Gruyter 2011, p. 268 en 272.

209 Wijziging van het *BGB* op 2 januari 2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738).

210 Zie voor de ontstaansgeschiedenis C. Meurer, *Außergerichtliche Streitbelegung in Arzthaftungssachen*, Berlijn: Springer 2008, p. 16. Zie ook Landesärztekammer Baden-Württemberg, 30 Jahre Gutachterkommissionen der Landesärztekammer Baden-Württemberg, Stuttgart 2006.

drie tot vijf leden die ofwel jurist ofwel arts zijn. Vandaag de dag zijn er twaalf van dit soort arbitragecommissies.²¹¹

De taak van de *Gutachterkommissionen* is het uitbrengen van een deskundigenrapport over de vraag of er sprake was van een tekortkoming van de arts of het ziekenhuis. In sommige gevallen kan ook een bemiddelingspoging worden gedaan. De taak van de *Schlichtungsstellen* is het uitbrengen van een advies dat is gebaseerd op het deskundigenrapport van de *Gutachterkommission*.²¹² Dit advies is niet bindend, maar blijkt in de praktijk vaak (in 90% van de gevallen) te worden gevolgd door de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar van de arts of het ziekenhuis.²¹³ Beide procedures zijn kosteloos (al zal een eigen advocaat voor zijn advies of bijstand door de patiënt zelf moeten worden betaald) en worden gefinancierd door de *Landesärztekammer*, een vereniging waar artsen en ziekenhuizen verplicht lid van zijn.²¹⁴ De procedure zelf is vastgelegd in de statuten van de verschillende *Gutachterkommissionen* en de *Verfahrensordnungen* van de *Schlichtungsstellen*.²¹⁵ Geregeld zijn bijvoorbeeld de termijn waarbinnen een aanvraag moet worden ingediend, de wettelijke vertegenwoordiging, de samenstelling van de *Gutachterkommissionen* en de *Schlichtungsstellen*, hoe een deskundigenbericht tot stand komt, dat de kosten worden gedragen door de desbetreffende *Ärztekammer* en dat de patiënt een medewerkingsplicht heeft ten behoeve van de beoordeling door de *Schlichtungsstellen*.

211 Gutachterkommission bei der Bezirksärztekammer Nordwürttemberg; Gutachterkommission bei der Bezirksärztekammer Nordbaden; Gutachterkommission bei der Bezirksärztekammer Südbaden; Gutachterkommission bei der Bezirksärztekammer Südwürttemberg; Gutachterstelle für Arzthaftungsfragen bei der Bayerischen Landesärztekammer; Gutachter- und Schlichtungsstelle bei der Landesärztekammer Hessen; Gutachterkommission für ärztliche Behandlungsfehler bei der Ärztekammer Nordrhein; Schlichtungsausschuss zur Begutachtung ärztlicher Behandlungen bei der Landesärztekammer Rheinland-Pfalz; Gutachterkommission für Fragen ärztlicher Haftpflicht bei der Ärztekammer des Saarlandes; Gutachterstelle für Arzthaftungsfragen der Sächsischen Landesärztekammer; Gutachterkommission für ärztliche Haftpflichtfragen bei der Ärztekammer Westfalen-Lippe en Schlichtungsstelle für Arzthaftpflichtfragen der Norddeutschen Ärztekammern.

212 Zie voor een vereenvoudigde weergave van de procedures: Ein Wegweiser Gutachterkommissionen und Schlichtungsstellen bei den Ärztekammern, augustus 2011, te downloaden via <www.bundesarztekkammer.de>.

213 Ein Wegweiser Gutachterkommissionen und Schlichtungsstellen bei den Ärztekammern, augustus 2011, te downloaden via <www.bundesarztekkammer.de>.

214 Zie nader F.M. Petry, 'Medical Liability in Germany' in: B.A. Koch e.a., *Medical Liability in Europe*, Berlijn: De Gruyter 2011, p. 273-274 en M.S. Stauch, 'Medical malpractice in Germany', *Chicago-Kent Law Review* vol. 86, no. 3, 2011, p. 1160-1161.

215 Zie bijvoorbeeld Statut der Gutachterkommission für ärztliche Haftpflichtfragen bei der Ärztekammer Westfalen-Lippe van 27 november 2004 en Statut einer Gutachterkommission für ärztliche Behandlungsfehler bei der Ärztekammer Nordrhein van 22 november 1975. Zie voorts bijvoorbeeld Verfahrensordnung der Schlichtungsstelle für Arzthaftpflichtfragen der norddeutschen Ärztekammern en de toelichting daarop van J. Neu, 'Haftungsfragen, Diesmal: Norddeutsche Schlichtungsstelle', *Niedersächsisches Ärzteblatt* 2011, nr. 12, p. 31-34.

Het totaal aantal patiënten met een potentiële vordering op jaarbasis wordt geschat op 20.000 tot 40.000. Uit cijfers van verzekeraars zou daarentegen blijken dat er ongeveer 17.000 patiënten met een potentiële vordering zijn. In 2011 werden bij de verschillende *Gutachterkommissionen* en *Schlichtungsstellen* ongeveer 11.000 vorderingen ingediend.²¹⁶ In 2009 en 2010 was dit niet anders.²¹⁷ Uit de jaarverslagen van de *Bundesärztekammer* blijkt dat in ongeveer een kwart van de zaken een medische fout als oorzaak van de schade van de patiënt wordt aangenomen. In ongeveer 70% van die zaken wordt een schikking getroffen met de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar van de arts of het ziekenhuis. Komen patiënt en arts er niet uit, dan staat alleen de weg naar de rechter nog open. In ongeveer 8% van de vorderingen zou een zaak voor de rechter worden gebracht.²¹⁸

10.2.5 Verschillen met Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW en het verhaal van zorggerelateerde schade in de praktijk

10.2.5.1 Enkele zorggerelateerde data als achtergrondinformatie

Voordat wordt toegekomen aan een vergelijking van de rechtsstelsels worden enkele zorggerelateerde data in kaart gebracht. De gegevens dienen als algemene achtergrondinformatie om verschillen in de zorg inzichtelijk te maken en om duidelijkheid te verschaffen over de omstandigheden waaronder het desbetreffende systeem ter verhaal van schade functioneert. Er worden geen conclusies aan de data verbonden, omdat de cijfers op zichzelf niet zonder meer vergelijkbaar zijn.

In Zweden vinden op jaarbasis ongeveer 1,6 miljoen ziekenhuisopnames plaats, inclusief psychiatrische en geriatrie opnames en inclusief dagopnames en bevallingen.²¹⁹ Cijfers over 2010 tonen voorts 14,4 miljoen bezoeken in dat jaar aan hulpverleners in de eerste lijn (huisarts, tandarts, fysiotherapeut, of psycholoog).²²⁰ In België vinden op jaarbasis ongeveer 1,7 miljoen ziekenhuisopnames plaats, inclusief dagopnames en bevallingen, maar exclusief psychiatrische en geriatrie behandelingen.²²¹ Cijfers over 2008 tonen

216 Bundesärztekammer, Statistische Erhebung der Gutachterkommissionen und Schlichtungsstellen für das Statistikjahr 2011.

217 Bundesärztekammer, Statistische Erhebung der Gutachterkommissionen und Schlichtungsstellen für das Statistikjahr 2009 en Bundesärztekammer, Statistische Erhebung der Gutachterkommissionen und Schlichtungsstellen für das Statistikjahr 2010.

218 In ongeveer 8% van de vorderingen zou dit het geval zijn, zie M.S. Stauch, 'Medical malpractice in Germany', *Chicago-Kent Law Review* vol. 86, no. 3, 2011, p. 1162.

219 H. Johansson, 'Patientskadenämnden säkrar Patientskadelagens tillämpning', *Läkartiningen* nr. 49, 2006, p. 3923-3927. Zie ook Hälso- och sjukvårdens verksamhet, Socialstyrelsen 2007 (tabel 11) en Hälso- och sjukvårdens 2011 – Sjukdomar i sluten vård, 1987–2010, in te zien via <www.socialstyrelsen.se>.

220 Zie Nationell datainsamling i primärvården, Socialstyrelsen 2012, p. 9. Zweden kent 9 miljoen inwoners.

221 Cijfers Vlaams Agentschap Zorg en Gezondheid, zie <www.zorg-en-gezondheid.be>.

dat 78% procent van de Belgen, dat betreft 8,3 miljoen personen,²²² in een periode van één jaar minstens één keer contact met de huisarts heeft.²²³ Het percentage personen dat op jaarbasis een tandarts raadpleegt, ligt op ongeveer 58, wat gelijk staat aan 6,3 miljoen personen.²²⁴ In Oostenrijk vinden jaarlijks ongeveer 2,6 miljoen ziekenhuisopnames plaats.²²⁵ Dit cijfer is gebaseerd op het aantal ziekenhuisopnames en omvat elk soort opname. Daarnaast bezoekt ongeveer 79% van de bevolking jaarlijks één of meer keer een huisarts, wat gelijk is aan 6,6 miljoen personen.²²⁶ Een tandarts wordt door 60% van de bevolking jaarlijks geraadpleegd, oftewel door 5 miljoen personen.²²⁷ In Duitsland vinden op jaarbasis ongeveer 17 miljoen ziekenhuisopnames plaats.²²⁸ Cijfers over 2007 tonen dat 92,6% van de bevolking (dit betreft 76 miljoen mensen) zich in dat jaar onder ambulante behandeling van een arts stelde. Per inwoner vonden er ruim 17 contacten met een arts plaats.²²⁹ In Nederland bedroeg het aantal ziekenhuisopnames, inclusief dagopnames, maar exclusief psychiatrische opnames, 4,1 miljoen, aldus cijfers over 2010.²³⁰ In datzelfde jaar had 72% van de bevolking minimaal één keer contact met de huisarts en ging 78% van de bevolking minimaal één keer naar de tandarts.²³¹ Dit betreft 11,5 miljoen respectievelijk 12,5 miljoen personen.

De meeste ziekenhuizen (70) in Zweden zijn in eigendom van de *län* of hebben een contract met de *län*. Ongeveer 25% van de ziekenhuizen is privaat bezit, maar zijn toegelaten door de *län*. De artsen zijn doorgaans in dienst van het ziekenhuis.²³² Ziekenhuizen en behandelcentra in België zijn te classificeren in algemene ziekenhuizen (146) en psychiatrische ziekenhuizen (69). De algemene ziekenhuizen zijn op hun beurt te verdelen in ziekenhuizen

222 België had in 2008 10,6 miljoen inwoners: zie statistieken België <www.statbel.fgov.be>.

223 Operationele Directie Volksgezondheid en surveillance, Gezondheidsenquête België 2008, Brussel 2010, p. 7.

224 Operationele Directie Volksgezondheid en surveillance, Gezondheidsenquête België 2008, Brussel 2010, p. 13.

225 Statistieken Oostenrijk Gesundheit: <www.statistik.at>. Zie ook Statistik Austria, Jahrbucher Gesundheitsstatistik 2010, Wenen, november 2011.

226 Statistieken Oostenrijk: <www.statistik.at>. Zie ook A. Leischner e.a., Medical Law in Austria, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2011, nr. 6.

227 Statistieken Oostenrijk Gesundheit: <www.statistik.at>.

228 Sachverständigenrat zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen, Kooperation und Verantwortung Voraussetzungen einer zielorientierten Gesundheitsversorgung, Gutachten 2007 (Kurzfassung), p. 65. Zie ook statistieken Duitsland: <www.destatis.de>.

229 GEK-Report ambulant-ärztliche Versorgung 2008, p. 5.

230 Centraal Bureau voor de Statistiek: cijfers betreffende het thema gezondheid en welzijn.

231 Centraal Bureau voor de Statistiek: cijfers betreffende het thema gezondheid en welzijn.

232 P. Mielnicki en M. Schultz, 'Medical Liability in Sweden' in: B.A. Koch e.a., Medical Liability in Europe, Berlijn: De Gruyter 2011, p. 525-527 en K. Essinger (CEO LÖF), The Swedish Medical Injury Insurance, Report 20 februari 2009. Zie ook College bouw ziekenhuisvoorzieningen, Signaleringsrapport 'Sturing en financiering van de bouwkundige zorginfrastructuur in andere landen van de Europese Unie', 8 oktober 2001, p. 32-33.

die verschillende soorten (acute) zorg verlenen, gespecialiseerde ziekenhuizen en geriatrische ziekenhuizen. Het merendeel van de ziekenhuizen is privaat bezit en veelal in eigendom van *social-profit*organisaties.²³³ De andere ziekenhuizen zijn in eigendom van universiteiten of een ziekenfonds. Medisch specialisten zijn ofwel in dienst van een ziekenhuis of werken zelfstandig. Huisartsen werken doorgaans als zelfstandige.²³⁴ Wat de ziekenhuizen in Oostenrijk betreft wordt onderscheid gemaakt tussen ziekenhuizen met een publieke juridische status en ziekenhuizen zonder deze status. Zij verrichten geneeskundige behandelingen op een *non-profit* basis. Ongeveer 40% van alle ziekenhuizen valt onder geen van beide categorieën, omdat ze op een *profit* basis werken. Een en ander geldt ongeacht bij wie de ziekenhuizen in eigendom zijn en dus voor zowel publieke als private ziekenhuizen. De meeste artsen zijn niet in dienst van een ziekenhuis, maar werken zelfstandig.²³⁵ In Duitsland worden ziekenhuizen (het zijn er ruim 2.000²³⁶) verdeeld in ziekenhuizen met een publieke status en ziekenhuizen met een private status. Zij maken geen deel uit van het administratieve raamwerk van de overheid en worden voornamelijk gereguleerd door de wet van de verschillende *Länder*. Artsen zijn in dienst van een ziekenhuis of werken zelfstandig.²³⁷ De Nederlandse ziekenhuizen tot slot worden doorgaans ingedeeld in drie categorieën: universitair medische centra (8), topklinische ziekenhuizen (27) en basisziekenhuizen (57).²³⁸ Reguliere ziekenhuizen zijn meestal privaatrechtelijke stichtingen; zij zijn geen onderdeel van de (rijks)overheid. Medisch specialisten zijn in deze ziekenhuizen werkzaam op basis van ofwel een arbeidsovereenkomst, ofwel een toelatingsovereenkomst.²³⁹ Universitair medische centra (academische ziekenhuizen) zijn verbonden aan de medische faculteiten van Universiteiten en bezitten rechtspersoonlijkheid op grond van de Wet op het hoger en wetenschappelijk onderwijs.²⁴⁰ Medisch specialisten zijn in de universitair medische centra op basis van een (ambtenaren)aanstelling werkzaam.

233 Hun doel is niet op winst gericht, maar op dienstverlening aan hun leden of aan de collectiviteit. Zij financieren hun productiekosten minstens ten dele door andere middelen dan door de verkoop tegen een prijs die de productiekosten dekt (overheidssubsidies, giften e.d.).

234 S. Carval en R. Sefton-Green, 'Medical Liability in France' in: B.A. Koch e.a., *Medical Liability in Europe*, Berlijn: De Gruyter 2011, p. 61-64.

235 Zij zijn verplicht lid van een van de negen provinciale *Landesärztekammer*, die op hun beurt de *Österreichische Ärztekammer* vormen. Tandartsen zijn verenigd in de *Österreichische Zahnärztekammer*, zie B.A. Koch, 'Medical Liability in Austria' in: B.A. Koch e.a., *Medical Liability in Europe*, Berlijn: De Gruyter 2011, p. 3-4.

236 Zie statistieken Duitsland: <www.destatis.de>.

237 Zie nader over de organisatie van het ziekenhuiswezen F.M. Petry, 'Medical Liability in Germany' in: B.A. Koch e.a., *Medical Liability in Europe*, Berlijn: De Gruyter 2011, p. 234-235 en M.S. Stauch, 'Medical malpractice in Germany', *Chicago-Kent Law Review* vol. 86, no. 3, 2011, p. 1140. Zie ook Wirtschafts- und Sozialwissenschaftliches Institut, *Country reports on liberalisation and privatisation processes and forms of regulation, Liberalisation, privatisation and regulation in the German healthcare sector/hospitals*, 2006.

238 Nederlandse Vereniging van Ziekenhuizen, *Gezonde zorg Brancherapport algemene ziekenhuizen 2012*, Utrecht 2012, p. 8.

239 Ongeveer 75%.

240 Wet van 8 oktober 1992, Stb. 1991, 593. Zie voor de regel artikel 1.13 van de wet.

De gezondheidszorg in Zweden wordt grotendeels gefinancierd uit belastingen. De overheid financiert met name opleidingen en wetenschappelijk onderzoek. Patiënten betalen voorts een klein bedrag om zorg te ontvangen, bijvoorbeeld SEK 80 (€ 9,-) per dag voor ziekenhuisopname. Tot slot wordt een deel gefinancierd uit verschillende andere bronnen. In België wordt de financiering geregeld in de Wet betreffende de ziekenhuizen en andere verzorgingsinrichtingen (Ziekenhuiswet).²⁴¹ Het budget van financiële middelen wordt ingevolge artikel 95 en 96 Ziekenhuiswet door de minister die de Volksgezondheid onder zijn bevoegdheid heeft, voor elk ziekenhuis afzonderlijk bepaald, binnen een globaal budget voor het Rijk dat wordt vastgesteld bij een koninklijk besluit vastgesteld na overleg in de Ministerraad. In Oostenrijk worden ziekenhuizen met een publieke status en de andere *non-profit* ziekenhuizen gefinancierd uit het *Landesgesundheitsfonds*. Private ziekenhuizen die op een *profit* basis werken worden gefinancierd door het *Privatkrankenanstalten-Finanzierungsfonds*.²⁴² De meest belangrijke bronnen van financiering waaruit het *Landesgesundheitsfonds* put, zijn de sociale verzekeringsorganisaties wier inkomsten uit de verplichte sociale verzekering komen. De provincies, de overheid en ook lokale autoriteiten dragen door middel van het heffen van belastingen eveneens bij aan het vullen van het *Landesgesundheitsfonds*. De verdeling van de financieringsbronnen gebeurt aan de hand van een *leistungsorientierte Krankenanstaltenfinanzierung* (prestatiegerichte beloning). Ook het *Privatkrankenanstalten-Finanzierungsfonds* kan uit sociale verzekeringen putten. De private ziekenhuizen verkrijgen een additioneel inkomen door betaling van patiënten of van een privaat verzekeringsfonds.²⁴³ Financiering van de gezondheidszorg in Duitsland is grotendeels een zaak van de ziektekostenverzekeraars; de meeste Duitse inwoners zijn ter zake de uitgaven van zorg verzekerd onder de *Gesetzliche Krankenversicherung*.²⁴⁴ De (premie)bijdragen zijn inkomensafhankelijk. Een aantal inwoners heeft een particuliere ziektekostenverzekering afgesloten. Hun bijdrage is afhankelijk van de gezondheidstoestand, het geslacht en de leeftijd. De zorgverzekeraars contracteren met artsen en ziekenhuizen, opdat zij vervolgens de benodigde zorg kunnen leveren. Declaraties van artsen en/of ziekenhuizen worden rechtstreeks door de ziektekostenverzekeraar aan de arts of het ziekenhuis betaald.²⁴⁵ In Nederland loopt de financiering van de gezondheidszorg ingevolge de

241 Wet van 10 juli 2008, B.S. 7 juli 2008.

242 Statistik Austria, Jahrbuch der Gesundheitsstatistik 2010, Wenen, november 2011, p. 82-83. Zie voorts B.A. Koch, 'Medical Liability in Austria' in: B.A. Koch e.a., Medical Liability in Europe, Berlijn: De Gruyter 2011, p. 2 en Bundesministerium für Gesundheit, Das Österreichische Gesundheitssystem, Wenen 2010.

243 Bundesministerium für Gesundheit, Das Österreichische LKF-system, juli 2010, te downloaden via <www.bmg.gv.at>.

244 Het wettelijke raamwerk is verankerd in Tiel V van het *Sozial Gesetzbuch*.

245 F.M. Petry, 'Medical Liability in Germany' in: B.A. Koch e.a., Medical Liability in Europe, Berlijn: De Gruyter 2011, p. 233-239 en M.S. Stauch, 'Medical malpractice in Germany', *Chicago-Kent Law Review* vol. 86, no. 3, 2011, p. 1140.

Zorgverzekeringswet (Zvw) via de zorgverzekeraars.²⁴⁶ De zorgverzekeraars kopen voor de verzekerden die gekozen hebben voor een naturaverzekering de zorg in bij de zorgaanbieders – zij sluiten dus een contract – en betalen rechtstreeks de door de zorgaanbieders ingediende declaraties, voor zover het gaat om zorg die valt onder het verzekerde basispakket of een aanvullende verzekering.²⁴⁷ In dat laatste geval volgt, afhankelijk van de polisvoorwaarden, veelal een gedeeltelijke betaling van de declaraties.²⁴⁸ De zorgverzekeraars komen aan hun financiële middelen via de nominale premies die zij in rekening brengen bij hun verzekerden (ongeveer 45%) en door jaarlijkse uitkeringen uit het zorgverzekeringsfonds (ongeveer 55%).²⁴⁹ Dat zijn de zogenaamde vereveningsbijdragen uit het zorgverzekeringsfonds die via een beschikking van het College voor zorgverzekeringen aan de verzekeraars worden toegekend. Het zorgverzekeringsfonds wordt gevuld met werkgeversbijdragen Zvw (50%) en een deel komt ten laste van de begroting van het Ministerie van VWS (5%), onder andere in verband met verzekerden tot 18 jaar die ‘gratis’ worden meeverzekerd op de polis van de ouders.²⁵⁰ De Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten (AWBZ) voorts dekt zware geneeskundige risico’s die niet onder de zorgverzekeringen vallen (‘onverzekerbare zorg’).²⁵¹ De AWBZ is een volksverzekering. Iedereen die in Nederland woont of werkt is verzekerd en heeft daarom recht op vergoeding van AWBZ-zorg. Zorginstellingen die zorg willen aanbieden die wordt vergoed uit de Zvw of de AWBZ, hebben een toelating nodig van de Minister van VWS. De Wet toelating zorginstellingen (WTZi) vormt het kader voor de beoordeling van deze toelatingen,²⁵² en stelt onder meer eisen aan het bestuur en bepaalt in welke gevallen zorginstellingen winst mogen uitkeren.²⁵³ De Wet marktordening gezondheidszorg (Wmg) tot slot regelt de ontwikkeling, ordening en het toezicht op de markten voor gezondheidszorg.²⁵⁴ De Nederlandse Zorgautoriteit (NZA) houdt toezicht op de markten voor zorg.

246 Zie nader hoofdstukken 4, 5 en 6 Zvw, Wet van 16 juni 2005, Stb. 2005, 358, laatstelijk gewijzigd bij Wet van 22 december 2011, Stb. 2011, 639. De Nederlandse zorgsector zorg vormt een belangrijk deel van de Nederlandse economie; zij heeft een omvang van € 88 miljard, ofwel 15% van het bruto binnenlands product, zie Nederlandse Vereniging van Ziekenhuizen, Gezonde zorg Brancherapport algemene ziekenhuizen 2012, Utrecht 2012, p. 8.

247 ZBC's sluiten wanneer er geen contract is met de zorgverzekeraar een overeenkomst van cessie met de patiënt. De ZBC's trachten dan zelf de kosten vergoed te krijgen via de zorgverzekeraar.

248 Zie voor de wijze van bekostiging van medisch specialistische zorg ook P.L. Meurs e.a. (Commissie Meurs), Gezond Belonen, beleidsopties voor de inkomens van medisch specialisten, 2012, p. 17-18.

249 Zie ook Nederlandse Vereniging van Ziekenhuizen, Gezonde zorg Brancherapport algemene ziekenhuizen 2012, Utrecht 2012, p. 20 in verband met de uitgaven voor medisch-specialistische zorg.

250 Zie nader hoofdstukken 4, 5 en 6 Zvw. Zie ook Signaleringsrapport ‘Sturing en financiering van de bouwkundige zorginfrastructuur in andere landen van de Europese Unie’, 8 oktober 2001, p. 9.

251 Wet van 14 december 1967, Stb. 1967, 617. Bekostiging van AWBZ zorg verloopt via de zogeheten ‘zorg-zwaartepakketten’.

252 Ingevolge artikel 5 WTZi.

253 Wet van 20 oktober 2005, Stb. 2005, 571.

254 Wet van 7 juli 2006, Stb. 2006, 415. Zie met name artikel 35 Wmg : voor het in rekening brengen van zorgkosten door de zorgaanbieder én de vergoeding van zorg is een prestatiebeschrijving nodig evenals een tarief

10.2.5.2 Verschillen betreffende het verhaal van schade²⁵⁵

Een vergelijking van het Zweedse stelsel met het Nederlandse stelsel toont een in het oog springend verschil als het gaat om compensatie van door de patiënt geleden schade. In Nederland gebeurt dat via het civiele aansprakelijkheidsrecht, in Zweden via een uitkering uit een patiëntenverzekering, gefinancierd door de Zweedse zorginstellingen die voor het overgrote deel het eigendom zijn van de provincies (in Nederland volgt feitelijk ook een uitkering uit een verzekering, zij het dat de verzekering een *third party* verzekering is). Dit laatste betekent dat niet de zorgaanbieder zelf, maar de in het LÖF verenigde verzekeraars worden aangesproken door de patiënt. In Zweden wordt dit als groot voordeel beschouwd: de relatie tussen de arts en de patiënt kan ongemoeid blijven.²⁵⁶ Een verschil dat het patiëntenverzekeringssysteem met zich brengt is voorts dat er een keuze moet worden gemaakt ten aanzien van de gevallen die onder de dekking vallen – niet elke mogelijke fout geeft dus recht op een uitkering – en dat de hoogte van de uitkering is gemaximeerd. Overeenkomsten tussen de patiëntenverzekering en het civiele aansprakelijkheidsrecht zijn aan te wijzen wat betreft het aantonen van het feit dat zich een incident heeft voorgedaan en het aantonen van een causaal verband tussen het incident en de schade van de patiënt, zij het dat het aantonen van een incident (te vermijden schade) als minder problematisch wordt beschouwd dan het aantonen van een tekortkoming van de arts.²⁵⁷

Op basis van bestudering van de Zweedse jurisprudentie stelde de (toenmalige) Nationale Raad voor de Volksgezondheid in 1989 vast dat in Zweden een globale toetsing van de uitkomst van de behandeling plaatsvindt aan de hand van een vooraf bepaalde norm die vaststelt wat de uitkomst onder soortgelijke omstandigheden behoort te zijn. In Nederland zou het gaan om een volledige toetsing van het proces, waarbij niet zozeer wordt gekeken naar de uitkomst, maar naar de vraag of, gelet op de toenmalige stand van wetenschap en ervaring, de hulpverlener zich voldoende heeft ingespannen.²⁵⁸ Met andere woorden: in

(artikel 35 in samenhang gelezen met artikel 50 Wmg), tenzij sprake is van een experiment als bedoeld in artikel 58 Wmg (in 2012 was er een experiment gaande met vrije tarieven voor mondzorg, zie voor problemen in die zin met de tandartsen Gerechtshof's-Gravenhage 27 november 2012, *LJN* BY4151).

255 Zie voor een analyse van verschillen tussen een aansprakelijkheidssysteem en een no fault system ook R.M.P.P. Cascão, *Prevention and Compensation of Treatment Injury: A Roadmap for Reform* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, p. 33-39.

256 Zie K. Essinger (CEO LÖF), *The Swedish Medical Injury Insurance*, Report 20 februari 2009 en C. Espersson, *The Patient Injury Act*, augustus 2000. Zie ook J.C.J. Dute, M.G. Faure en H. Koziol, *Onderzoek No-fault compensatiesysteem*, Reeks evaluatie regelgeving deel 13, Den Haag: Zonmw 2002, p. 107, 187 en 198-199 en Nationale Raad voor de Volksgezondheid, *Rapport verkennende studie patiëntenletselverzekering*, Zoetermeer 1989, p. 74-75, op te vragen bij het Nationaal Archief, nr. 2.27.31.

257 Zie ook J.C.J. Dute, M.G. Faure en H. Koziol, *Onderzoek No-fault compensatiesysteem*, Reeks evaluatie regelgeving deel 13, Den Haag: Zonmw 2002, p. 107.

258 Nationale Raad voor de Volksgezondheid, *Rapport verkennende studie patiëntenletselverzekering*, Zoetermeer 1989, p. 66-67, op te vragen bij het Nationaal Archief, nr. 2.27.31.

Zweden vindt een globale toetsing plaats aan de hand van een vooraf bepaalde norm die vaststelt wat onder soortgelijke omstandigheden behoort te zijn. Het object van toetsing (in Zweden de uitkomst, in Nederland het proces), de aard van de toetsing (in Zweden abstract, in Nederland concreet) en de omvang van de toetsing (in Zweden globaal, in Nederland volledig) wijken af ten opzichte van Nederland, zo constateerde de Nationale Raad voor de Volksgezondheid. De analyse van de Nationale Raad voor de Volksgezondheid wordt in later onderzoek onderschreven, zij het dat wordt betwijfeld – en die twijfel onderschrijf ik – of de verschillen wel zo groot zijn als op het eerste gezicht lijkt.²⁵⁹ De onderzoekers merken daartoe het volgende op: ‘Ook in Nederland wordt uiteindelijk getoetst aan een min of meer objectieve maatstaf, die niet veel lijkt te verschillen van die in Zweden (al is dat laatste moeilijk te beoordelen). Verder dient de toetsingsmaatstaf niet te worden verward met het onderscheid inspannings- en resultaatverbintenis. In Zweden wordt, evenmin als in Nederland, de behandelingsovereenkomst als een resultaatverbintenis beschouwd. Ook het onder omstandigheden aannemen van een hogere zorgvuldigheidsmaatstaf maakt van de behandelingsovereenkomst nog geen resultaatverbintenis, ook al wordt de kans op het verkrijgen van schadevergoeding groter. Een wezenlijk kenmerk van het Zweedse stelsel is verder dat van de risicoaanvaarding. Aan elke medische handeling kleef een zeker risico. Het NFCS [toevoeging: no fault compensatiesysteem] is er niet op ingericht om elk risico weg te nemen. Naarmate een patiënt ernstiger ziek is en zeker bij levensbedreigende aandoeningen, is de kans op complicaties groter en de kans op compensatie navenant kleiner. In die zin worden de omstandigheden van het geval wel degelijk in de beoordeling betrokken.’²⁶⁰

Een verschil is weer aan te wijzen waar het gaat om de wijze waarop in de praktijk een uitkering of vergoeding wordt vastgesteld. In Nederland wordt door belangenbehartigers en beroepsaansprakelijkheidsverzekeraars onderhandeld over de schade, waarna de weg naar de civiele rechter (of in een enkel geval de Geschillencommissie Zorginstellingen),²⁶¹ terwijl in Zweden – na een beoordeling door het LÖF, althans PSR namens het LÖF – (buitengerechtelijk) beroep mogelijk is bij een speciaal ingericht instituut (*Patientska-*

259 J.C.J. Dute, M.G. Faure en H. Koziol, Onderzoek No-fault compensatiesysteem, Reeks evaluatie regelgeving deel 13, Den Haag: Zonmw 2002.

260 J.C.J. Dute, M.G. Faure en H. Koziol, Onderzoek No-fault compensatiesysteem, Reeks evaluatie regelgeving deel 13, Den Haag: Zonmw 2002, p. 182, zie ook p. 230.

261 Zie over de praktijk in Nederland hoofdstuk 8.

denämnden) waarin personen met verschillende deskundigheid zitting hebben.²⁶² Het raadplegen van deskundigen gebeurt in Nederland in een afzonderlijke (processuele) ronde en doorgaans op kosten van de patiënt (als eisende partij). Alleen bij de Geschillencommissie Zorginstellingen wordt een deskundige van het (lage) klachtengeld betaald.²⁶³ Ondanks het feit dat in Zweden nog meer dan de helft van de vorderingen in eerste instantie wordt afgewezen, krijgen 4.300 mensen een vergoeding. Hoewel de cijfers niet zonder meer zijn te vergelijken, wordt opgemerkt dat dit ruim zes keer zo veel als in Nederland, waar van de 1.600 buiten rechte ingediende vorderingen 40% buiten rechte wordt toegewezen, terwijl het aantal ziekenhuisopnames en doktersbezoeken in Zweden beduidend lager ligt, zo bleek hiervoor. Dit laatste verschil uit zich in de kosten die met de verschillende stelsels zijn gemoeid. Uit (al wat ouder) onderzoek blijkt dat in Zweden met de uitkeringen uit de patiëntenverzekering jaarlijks een bedrag van ongeveer € 3,3 miljoen is gemoeid.²⁶⁴ In Nederland is met de uitkering op grond van het civiele aansprakelijkheidsrecht (vermoedelijk) een bedrag van € 15 miljoen gemoeid.²⁶⁵ Extrapolatie van de kosten van het Zweedse systeem zou met zich brengen dat de kosten in Nederland minimaal worden verdrievoudigd.²⁶⁶ De transactiekosten zijn echter niet meegerekend, zodat enige correctie van deze conclusie op zijn plaats is.²⁶⁷

Een vergelijking van het Belgische stelsel met het Nederlandse stelsel toont eveneens duidelijke verschillen als het gaat om compensatie van door de patiënt geleden schade. Hoewel België tot voor kort een met Nederland vergelijkbaar systeem had waar het ging om compensatie van geleden schade – dit gebeurde louter via het nagenoeg gelijke civiele aansprakelijkheidsrecht²⁶⁸ – koos België in 2010 voor een andere invalshoek. Naast de onveranderde

262 Zie voor de Geschillencommissie Zorginstellingen hoofdstuk 2, par. 2.4.3. De Geschillencommissie oordeelt over vorderingen die een bedrag van € 5.000,- niet te boven gaan. Van de mogelijkheid wordt (dan ook) weinig gebruik gemaakt; in 2011 werden er 35 vorderingen ingediend.

263 In 2012 bedroeg het klachtengeld € 50,84.

264 J.C.J. Dute, M.G. Faure en H. Koziol, *Onderzoek No-fault compensatiesysteem*, Reeks evaluatie regelgeving deel 13, Den Haag: Zonmw 2002, p. 157.

265 Per inwoner kost het no fault systeem in Zweden een bedrag van € 3,6 miljoen, in Nederland kost het civiele aansprakelijkheidsrecht iets minder dan een miljoen per inwoner.

266 J.C.J. Dute, M.G. Faure en H. Koziol, *Onderzoek No-fault compensatiesysteem*, Reeks evaluatie regelgeving deel 13, Den Haag: Zonmw 2002, p. 188-190 en 207. De kosten zouden in Nederland oplopen tot € 50 miljoen of zelfs € 100 miljoen.

267 J.C.J. Dute, M.G. Faure en H. Koziol, *Onderzoek No-fault compensatiesysteem*, Reeks evaluatie regelgeving deel 13, Den Haag: Zonmw 2002, p. 207 en 231.

268 Grondslag voor een recht op schadevergoeding is doorgaans de contractuele aansprakelijkheid (artikelen 1146-1155 Belgisch Burgerlijk Wetboek) en bij gebreke van een contractuele relatie vormt de onrechtmatige daad de grondslag (artikelen 1382-1384 Belgisch Burgerlijk Wetboek). Samenloop van de grondslagen is, net als in Nederland, niet mogelijk, tenzij de tekortkoming uit hoofde van het contract onafhankelijk daarvan een onrechtmatige daad oplevert. Een verschil is dat de patiënt in België ter vergaring van bewijs veelal een strafrechtelijke procedure volgde, zie uitvoeriger E. de Kezel, 'Vergoeding van medische schade in België: het nieuwe tweesporensysteem', *TVP* 2009, nr. 4, p. 139-150.

mogelijkheid om op basis van het aansprakelijkheidsrecht een vordering aan de rechter voor te leggen, is het voor schadegevallen die zijn ontstaan na 2 april 2010 mogelijk om een aanvraag tot vergoeding in te dienen bij het Fonds Medische Ongevallen. Bij een uitkering uit het Fonds wordt de zorgverlener niet belast met een procedure. Dit neemt de druk op de zorgverlener weg, wat in België als een voordeel wordt gezien. Een duidelijk verschil met het Nederlandse aansprakelijkheidssysteem is dat ook bij medische ongevallen zonder aansprakelijkheid van een hulpverlener een uitkering aan de patiënt kan volgen en dat het Fonds een bemiddelende rol heeft wanneer de hulpverlener wel aansprakelijk is, door de hulpverlener of diens verzekeraar een voorstel tot vergoeding te doen en de vergoeding onder omstandigheden voor te schieten. Een ander in het oog springend verschil is dat het Fonds een eigen beoordeling maakt, zelf bepaalt welke informatie of externe deskundigen het nodig heeft en dat de beoordeling van de aanvraag om een vergoeding voor de patiënt kosteloos is (al moet de patiënt wel betalen voor eventuele rechtsbijstand zo hij daar behoefte aan heeft). Nog een ander verschil ten opzichte van het Nederlandse aansprakelijkheidssysteem is dat voor een uitkering voldaan moet zijn aan verschillende criteria en/of drempelvoorwaarden. De reden hiervoor is gelegen in de wens om de kosten die met het Fondssysteem gemoeid zijn aanvaardbaar te houden;²⁶⁹ het Federaal Kenniscentrum voor Gezondheidszorg van België heeft de kostprijs vooralsnog geschat op € 17 miljoen tot € 22 miljoen en de gemiddelde kosten van een schadegeval bij het Fonds op € 127.958.²⁷⁰ De kosten komen ten laste van het Rijk. De criteria en drempelvoorwaarden leiden er naar verwachting toe dat jaarlijks ongeveer 470 patiënten een beroep zullen doen op het Fonds en dat 80 patiënten bij afwezigheid van aansprakelijkheid een vergoeding zullen ontvangen.²⁷¹ Hoewel het aantal incidenten in België vermoedelijk lager ligt dan in Nederland – gezien het hiervoor vermelde afwijkende (inclusief dagopnames lagere) aantal ziekenhuisopnames – en extrapolatie van de cijfers naar Nederland vermoedelijk een hoger aantal toegewezen aanvragen zou laten zien, wordt opgemerkt dat de aantallen van 470 en 80 niet positief zijn, zo menen ook de Belgen zelf.²⁷² Onduidelijk is hoeveel personen daarnaast een vordering zullen indienen bij de rechter; verwacht wordt dat met de komst van het Fonds het aantal gerechtelijke procedures terugloopt.²⁷³

269 Parl. St. Kamer 2009/10, 2240/001, p. 11. Zie ook H. Bocken e.a., Vergoeding van slachtoffers van medische ongevallen. Praktijkgelerichte analyse van de wet van 31 maart 2010, Antwerpen-Cambridge: Intersentia 2011, p. 43 en 86-87.

270 Federaal Kenniscentrum Gezondheidszorg, vergoeding van schade ten gevolge van gezondheidszorg – Fase V: budgettaire impact van de omzetting van het Franse systeem in België, KCE reports 107A, 2009, te downloaden via <www.kce.fgov.be>. Ter vergelijking: het systeem van de Wet van 15 mei 2007 werd begroot op € 210 miljoen.

271 Cijfers uit 2012 tonen dat er 520 zaken in behandeling zijn genomen. Van dat aantal is 67 in 2012 gesloten zonder een schadevergoeding.

272 Koninklijke Academie voor Geneeskunde, Advies 2 juni 2010.

273 Parl. St. Kamer 2009/10, 2240/006, p. 6.

Anders dan uit de analyse van Zweden en België bleek, is de wijze waarop Oostenrijkse patiënten schade kunnen verhalen op een arts of het ziekenhuis niet erg afwijkend van het civiele aansprakelijkheidssysteem zoals dat in Nederland wordt gehanteerd, met dien verstande dat een bijzondere titel of afdeling in het ABGB ontbreekt. Uitgangspunt is dat de patiënt zijn eigen schade draagt, tenzij de arts of het ziekenhuis een 'fout' heeft gemaakt. Deze fout kan zijn gelegen in de aan schuld te wijten schending van een contractuele verplichting of aan schuld te wijten onrechtmatig handelen. Aangezien in de meeste gevallen een overeenkomst tot stand komt tussen de arts of het ziekenhuis en de patiënt wordt de grondslag van de overeenkomst het meest ingeroepen als het tot verhaal van schade komt. Anders dan in Nederland sluiten de grondslagen elkaar overigens niet uit en kan de patiënt zich evengoed op een onrechtmatige daad baseren. Dat verhaal van schade doorgaans niet op deze laatste grondslag wordt gebaseerd, is gelegen in een bewijsrechtelijk voordeel dat de grondslag van de overeenkomst biedt: naar Oostenrijks recht is het aan degene die een verplichting uit overeenkomst schendt om te stellen en te bewijzen dat hij géén schuld aan de tekortkoming had, terwijl bij de grondslag van de onrechtmatige daad het bewijs van de schuld bij het slachtoffer ligt. Kortom, net zoals in Nederland uit artikel 6:74 BW en 6:162 BW volgt, is de toerekenbaarheid van het gedrag een vereiste voor verhaal van schade, maar rust de bewijslast van de toerekenbaarheid ingevolge artikel 6:74 BW op de arts, terwijl de bewijslast van de toerekenbaarheid ingevolge artikel 6:162 BW op de patiënt rust. Voorts dient ook in Oostenrijk de patiënt aan te tonen dat hij schade heeft geleden en dat deze schade in een *condicio sine qua non*-verband staat met de fout van de arts of het ziekenhuis. Patiënten in Oostenrijk kampen daarom met dezelfde bewijsrechtelijke problemen, voor welke problemen vooralsnog ook grotendeels dezelfde oplossingen zijn gezocht, zoals de proportionele aansprakelijkheid en het vermoeden van een causaal verband bij schending van een veiligheidsnorm of in die gevallen waarin de arts zijn dossierplicht niet is nagekomen. Afwijkend is daarentegen de bewijslastverdeling in geval van een *Aufklärungsfehler* waardoor de patiënt niet goed geïnformeerd heeft kunnen kiezen voor een bepaalde geneeskundige behandeling. Niet alleen heeft de patiënt in een dergelijk geval recht op vergoeding van integriteitsschade, maar ook op alle andere gezondheidsschade, tenzij de arts aantoont dat de patiënt wel op voorhand had ingestemd met de behandeling. In Nederland is het steeds aan de patiënt om te stellen en te bewijzen dat hij als (net als een andere redelijke patiënt) bij juiste informatie had afgezien van behandeling en de schade zou zijn uitgebleven.

Anders dan in Nederland wordt de patiënt in de praktijk geholpen door het laagdrempelige en kosteloze voorportaal van de speciaal daarvoor ingerichte onafhankelijk opererende *Patienten-anwaltschaften* en *Schiedsstellen* die een belangrijk deel van de zaken afdoen. Een *Patienten-anwaltschaft* houdt het midden tussen een gespecialiseerde 'gratis' letselschade-advocaat en een klachtencommissie, terwijl de *Schiedsstelle* enigszins vergelijkbaar is met

een arbitragecommissie (waarin juristen en leden beroepsgenoten vertegenwoordigd zijn), maar ook kenmerken heeft van de deelgeschilprocedure. Het voorportaal voorkomt een belangrijk deel van de gerechtelijke procedures, waardoor kosten bespaard worden. Medisch deskundigen rapporteren veelal op voordracht en kosten van de *Patientenadvocaten* en *Schiedsstellen*. Oostenrijk ziet het voorts als groot voordeel dat door bemiddeling de relatie tussen arts en patiënt behouden kan blijven en dat arts en ziekenhuis lering kunnen trekken uit de klacht van de patiënt.²⁷⁴ Het aantal ingediende klachten blijkt dan ook redelijk hoog. Toch volgt in een minderheid van de gevallen een vergoeding. Een van de redenen is dat veel klachten op bejegening en de organisatie van de zorg zien. De cijfers laten zich om die reden lastig vergelijken met het aantal Nederlandse patiënten dat een vordering tot schadevergoeding indient. Bezien tegen de achtergrond van het lagere aantal totale ziekenhuisopnames in Oostenrijk (met de kanttekening dat een zuivere vergelijking niet opgaat) wat een lager incidentenaantal doet vermoeden,²⁷⁵ lijkt een voorzichtige conclusie dat het aantal schadevergoedingen op jaarbasis in Oostenrijk hoger ligt dan in Nederland.

Uit de vergelijking van het Duitse stelsel met het Nederlandse stelsel blijkt evenzeer van weinig verschillen als het gaat om de wijze waarop een patiënt verhaal moet halen op de arts of het ziekenhuis. Net als in Nederland wordt daarvoor het civiele aansprakelijkheidsrecht gebruikt. Uitgangspunt is dat de patiënt zijn eigen schade draagt, tenzij de arts of het ziekenhuis een tekortkoming of onrechtmatige daad kan worden verweten. Gelet op het feit dat arts en patiënt doorgaans een overeenkomst sluiten – met ingang van 20 februari 2013 in het *BGB* geduid als een behandelingsovereenkomst – wordt de grondslag van de tekortkoming in de nakoming van een verplichting uit de overeenkomst het meest frequent ingeroepen. Hoofddregel is, net als in Nederland, dat de patiënt de aanwezigheid van een tekortkoming stelt en, bij betwisting, bewijst. De patiënt dient eveneens te stellen en, bij betwisting, te bewijzen dat er een *condicio sine qua non*-verband bestaat tussen de tekortkoming en de schade van de patiënt. Anders dan in Nederland wordt de regeling van de behandelingsovereenkomst in het *BGB* gekenmerkt door een wettelijke verankering van bewijsvermoedens. Deze bewijsvermoedens beogen de patiënt te helpen bij het aantonen van een fout en/of *condicio sine qua non*-verband. Opgemerkt wordt dat de meeste bewijsvermoedens in de rechtspraak tot stand zijn gekomen, een gangbare praktijk die ook in Nederland is te zien; Nederlandse rechters kunnen gezien de feiten en omstandig-

274 G. Bachinger, *The system of the patient Advocacies in Austria*, NÖ Patienten-und pflegeanwalt, november 2005.

275 Wetenschappelijk onderzoek naar het aantal incidenten ontbreekt, aldus ook B.A. Koch, Universiteit van Innsbruck per e-mail van 4 juli 2012. Volgens journalist K. Langbein echter worden jaarlijks 25.000 beroepsfouten gemaakt: K. Langbein, *Verschlusssache Medizin*, Salzburg: Ecowin, 2009. Dit is minder dan in Nederland en doet mijn vermoeden bevestigen.

heden van een zaak oordelen dat op voorhand het bewijs van een tekortkoming is geleverd.²⁷⁶ Evenzeer kan uit de specifieke aard van de geschonden norm en de specifieke aard van de schade in het concrete geval het bewijs van het *condicio sine qua non*-verband op voorhand geleverd worden geacht, hetgeen in Nederland bekend staat als de ‘omkeringsregel’.²⁷⁷ Grote verschillen, anders dan de codificatie zelf en de daarmee gepaard gaande duidelijkheid, zijn er daarom niet, al trek ik de voorzichtige conclusie dat de Duitse rechter vaker van een bewijfsvermoeden bij een tekortkoming uitgaat en dat een bewijfsvermoeden bij – specifiek – een ‘vermijdbaar’ risico in de Nederlandse rechtspraak door mij niet is gesignaleerd, althans niet in die bewoordingen.

De vergelijking van het verhaal van schade in de praktijk toont grotere verschillen. Net als in Oostenrijk wordt de Duitse praktijk gekenmerkt door met arbitragecommissies vergelijkbare organisaties, die zich kosteloos een oordeel vormen over het handelen van de arts of het ziekenhuis en beoordelen of de patiënt recht heeft op een vergoeding van zijn schade. Karakteristiek voor het Duitse systeem is dat de beoordeling vooraf wordt gegaan door een deskundigenrapport van een *Gutachterkommission*, dat door de patiënt niet hoeft te worden betaald. In Duitsland wordt gemeend dat het systeem met name vanwege de laagdrempeligheid aantrekkelijk is, hetgeen tot uiting lijkt te komen in het aantal patiënten dat via deze weg zijn schade tracht te verhalen. Dit zijn er beduidend meer dan het aantal patiënten dat in Nederland verhaal haalt. Niet uit het oog mag echter worden verloren dat ook het aantal ziekenhuisopnames veel hoger ligt evenals het aantal vermijdbare gevallen van zorggerelateerde schade en het aantal vermijdbare sterftegevallen.²⁷⁸

10.3 ALTERNATIEVEN BINNEN NEDERLAND

10.3.0 Opmerkingen vooraf

In deze paragraaf worden eveneens alternatieven voor verhaal van zorggerelateerde schade beschreven. Het betreft evenwel alternatieven die binnen Nederland kunnen worden gevonden. Ten eerste wordt ingegaan op het wetsvoorstel Wet cliëntenrechten zorg (par. 10.3.1). De analyse van dit, in zijn oorspronkelijke vorm niet langer bestaande, wetsvoorstel vindt plaats tegen de achtergrond van zijn relevantie voor de gedachtevorming over mogelijke verbeteringen voor verhaal van zorggerelateerde schade. Om die reden wordt het voorgestelde materiële recht verkend aan de hand van een beschrijving van (de

²⁷⁶ Hoofdstuk 4, par. 4.2.2.1.

²⁷⁷ Hoofdstuk 6, par. 6.3.4.1.

²⁷⁸ Sachverständigenrat zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen, Kooperation und Verantwortung Voraussetzungen einer zielorientierten Gesundheitsversorgung, Gutachten 2007 (Kurzfassung), p. 65.

invloed van het wetsvoorstel op) de rechtsverhouding tussen de hulpverlener en de patiënt en de daaruit voortvloeiende plichten, de grondslagen voor aansprakelijkheid, de norm ter bepaling van die aansprakelijkheid en de bewijslast ter zake de normschending en het *condicio sine qua non*-verband. De beschrijving wordt voorafgegaan door een schets van het doel en de ontwikkeling van het wetsvoorstel. Verkend wordt tevens de bij het wetsvoorstel Wet cliëntenrechten zorg voorgestelde klachten- en geschillenregeling die mede vorm zou hebben moeten geven aan het proces dat moet worden gevolgd om het verhaal van schade te effectueren evenals de klachten- en geschillenregeling zoals recent voorgesteld bij het wetsvoorstel Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg. Ten tweede wordt ingegaan op het materiële recht ter zake het verhaal van schade van andere slachtoffers. Worden andere groepen slachtoffers in Nederland geïdentificeerd, dan zijn de meest belangrijke de slachtoffers van arbeidsongevallen of beroepsziekten en de slachtoffers van verkeersongevallen. Bezien wordt dan ook hoe in het materiële recht hun rechtspositie is gewaarborgd als het gaat om verhaal van schade en hoe het verhaal in de praktijk plaatsvindt (par. 10.3.2 en 10.3.3). In het bijzonder worden de rechtsverhouding, de grondslag voor aansprakelijkheid, de norm ter bepaling van die aansprakelijkheid en de bewijslast verkend. Afgesloten wordt met een analyse van de verschillen met Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW en het verhaal van schade in de praktijk (par. 10.3.4).

10.3.1 *Het wetsvoorstel Wet cliëntenrechten zorg*

10.3.1.1 **Het wettelijk kader van het wetsvoorstel Wet cliëntenrechten zorg**

A Doel en ontwikkeling van het wetsvoorstel

Op 7 juni 2010 werd het wetsvoorstel Wet cliëntenrechten zorg (Wcz) ingediend bij de Tweede Kamer.²⁷⁹ Met het wetsvoorstel Wcz werd beoogd de positie van de patiënt te versterken door een decentraal georganiseerd stelsel, waarin de eigen verantwoordelijkheden van alle betrokkenen (zorgaanbieder, zorgverzekeraar en cliënt) voorop zouden staan, evenals het streven alle betrokkenen zoveel mogelijk keuzevrijheid te geven bij het bepalen van de wijze waarop zij die verantwoordelijkheden waar zouden kunnen maken. Tegelijkertijd zouden er voor alle betrokkenen voldoende bevoegdheden, instrumenten, stimulansen en harde waarborgen moeten komen, zodat aan die ruimte en eigen verantwoordelijkheid op passende wijze invulling kon worden gegeven.²⁸⁰ Voorts werd met het wetsvoor-

279 Kamerstukken II 2009/10, 32402, nr. 1 (KB) en nr. 2 (Voorstel van Wet).

280 Kamerstukken II 2009/10, 32402, nr. 3, p. 2-3 (MvT). Zie over de achtergrond en de doelstelling van de Wcz ook J.K.M. Gevers, 'De Wcz: achtergrond, opzet en reikwijdte', *TvGr* 2010, nr. 8, p. 589-596.

stel beoogd een aantal knelpunten op te lossen.²⁸¹ Als knelpunten werden genoemd de versnipperde regeling van cliëntenrechten;²⁸² het ontbreken van een recht op verantwoorde zorg; de onduidelijkheid over de norm ‘verantwoorde zorg’ de onvoldoende informatie voor de keuze tussen zorgaanbieders; de onduidelijkheid over de reikwijdte van de regels inzake de behandelingsovereenkomst; de onvolkomenheden in de regeling van de behandelingsovereenkomst in het BW;²⁸³ de gebrekkige effectiviteit van de huidige klachtenregeling; de beperkte invloed van cliëntenraden en de onvoldoende verantwoordelijkheid voor kwaliteit bij het bestuur van de zorginstellingen.²⁸⁴ Aan het knelpunt van versnipperde regelgeving ten eerste moest tegemoet worden gekomen door bestaande wetgeving te integreren.²⁸⁵ Aan de knelpunten betreffende de afwezigheid van een recht op ‘verantwoorde zorg’ en de onduidelijkheid over de norm ‘verantwoorde zorg’ ten tweede moest tegemoet worden gekomen door het ‘recht op goede zorg’ als afdwingbaar recht te formuleren (artikel 5 Wcz).²⁸⁶ Het knelpunt betreffende de onvoldoende informatie voor de keuze tussen zorgaanbieders ten derde moest worden opgelost met een recht op keuze-informatie voor de cliënt.²⁸⁷ Het knelpunt aangaande de onduidelijkheid over de reikwijdte van de regels inzake de behandelingsovereenkomst ten vierde moest worden opgelost met behulp van een uitbreiding en verduidelijking van de reikwijdte van de huidige rechten in het BW.²⁸⁸ De afdwingbare rechten die in het BW staan, dienden op grond van de Wcz te gelden in alle zorgrelaties.²⁸⁹ Aan de onvolkomenheden in de regeling van de behandelingsovereenkomst in het BW ten vijfde moest tegemoet worden gekomen door een verdergaande uitwerking van de rechten van de patiënt.²⁹⁰ Tot slot werd gestreefd naar een effectieve en

281 Kamerstukken II 2009/10, 32402, nr. 3, p. 7-17 (MvT) en Kamerstukken II 2010/11, 32402, nr. 6, p. 4-6 (Nota naar aanleiding van het verslag).

282 Met name ingegeven door de Nederlandse patiënten Consumenten Federatie (NP/CF), zie NP/CF, ‘De Zorgconsumentenwet: één wet voor patiënten en consumenten’, 2006 en ‘De Zorgconsumentenwet. Wat er in moet staan’, 2007 (brochure).

283 In navolging van onderzoek door J.C.J. Dute e.a., *De evaluatie van de WGBO*, Den Haag: Zonmw 2000, p. 38.

284 Kamerstukken II 2009/10, 32402, nr. 3, p. 8, 9 en 10 (MvT).

285 Kamerstukken II 2009/10, 32402, nr. 3, p. 10, 18-19 (MvT). Zie hoofdstuk 8 van de Wcz voor de exacte wijzigingen, Kamerstukken II 2009/10, 32402, nr. 2 (Voorstel van Wet). Zie echter voor een negatief advies op dit punt IGZ, Staat van de Gezondheidszorg 2006. Patiënt en Recht: de rechtspositie van de patiënt goed verzekerd? 2006 en RVZ, De patiënt beter aan zet met een Zorgconsumentenwet, 2006 en het Advies van de Raad van State, Kamerstukken II, 2009/10, 32402, nr. 4, p. 17. Zie ook R. ten Hoopen, ‘Wet Cliënt en Kwaliteit van Zorg: een heilzame operatie?’, *NJB afl.* 32/2008, p. 1990-1994; J. Legemaate, ‘Recht gaat over redelijkheid’, *MC* 16 september 2010 (65) nr. 37, p. 1814-1817.

286 Kamerstukken II 2009/10, 32402, nr. 3, p. 9, 11 en 37-48 (MvT).

287 Kamerstukken II 2009/10, 32402, nr. 3, p. 11 en 48-50 (MvT). Zie ook Kamerstukken II 2009/10, 32402, nr. 3, p. 49 (MvT).

288 Kamerstukken II 2009/10, 32402, nr. 3, p. 12 (MvT).

289 Kamerstukken II 2009/10, 32402, nr. 3, p. 12 (MvT).

290 Kamerstukken II 2009/10, 32402, nr. 3, p. 12 en 50-52 (MvT).

laagdrempelige klacht- en geschillenprocedure evenals naar een effectieve invloed van cliëntenraden en een goed bestuur.²⁹¹

Opgemerkt wordt dat in de Kamerstukken betreffende het wetsvoorstel Wcz niet wordt gesproken over Richtlijn 2011/24/EU betreffende de toepassing van de rechten van patiënten bij grensoverschrijdende gezondheidszorg.²⁹² De Richtlijn moet voor 25 oktober 2013 zijn geïmplementeerd en brengt enkele nieuwe eisen voor de overheid en zorgaanbieders met zich. Artikel 4, tweede lid, sub b, van Richtlijn 2011/24/EU bijvoorbeeld lijkt te suggereren dat de patiënt informatie over zorg in andere Lidstaten moet krijgen. Artikel 4, tweede lid, sub d, van Richtlijn 2011/24/EU voorts stelt een beroepsaansprakelijkheidsverzekering (of gelijke waarborg) verplicht en ingevolge artikel 6 van de Richtlijn dienen nationale contactpunten te worden ingesteld. Kennelijk had het wetsvoorstel Wcz niet mede het doel de Richtlijn te implementeren.²⁹³

De opzet van de Wcz was prestigieus, maar bleef daardoor, ondanks enkele tekstwijzigingen en een cruciale aanpassing ter zake de instandhouding van Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW, ook veel vragen en weerstand oproepen. Op 8 februari 2013 gaf de Minister van VWS dan ook uiting aan haar besluit om het wetsvoorstel Wcz in zijn oorspronkelijke vorm niet te handhaven.²⁹⁴ Bij brief van 19 maart 2013 lichtte zij haar besluit toe aan de Eerste en Tweede Kamer.²⁹⁵ Het wetsvoorstel Wcz zal in vier onderdelen worden gesplitst.²⁹⁶ Het oorspronkelijke voorstel Wcz is inmiddels beperkt tot een wetsvoorstel ter zake van de behandeling van klachten en geschillen in de zorg, en draagt de titel 'Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg' (Wet kkgz).²⁹⁷ Van belang in het kader van dit onderzoek is voorts dat er mogelijk een voorstel zal worden ingediend tot wijziging van Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW.²⁹⁸

291 Kamerstukken II 2009/10, 32402, nr. 3, p. 12, 52-57, 58-62, 63-66 en 67-68 (MvT).

292 PbEU 2011, L8845. Zie eerder ook hoofdstuk 4, par. 4.2.1.4.

293 De Minister van VWS acht aanpassing ook overigens niet nodig, zie brief Minister van VWS d.d. 30 mei 2012 met kenmerk 102921-100494-IZ.

294 Kamerstukken II 2012/13, 32620, nr. 78 (Brief van de Minister van VWS).

295 Kamerstukken I 2012/13, 32402, nr. A (Brief van de Minister van VWS) en Kamerstukken II 2012/13, 32402, nr. 11 (Brief van de Minister van VWS).

296 Kamerstukken II 2012/13, 32620, nr. 78, p. 8 (Brief van de Minister van VWS); Kamerstukken I 2012/13, 32402, nr. A (Brief van de Minister van VWS) en Kamerstukken II 2012/13, 32402, nr. 11 (Brief van de Minister van VWS). Zie ook (inclusief opinie) J. Legemaate, 'Goed nieuws voor de patiëntenrechten!', *NJB afl.* 10/2013, p. 1.

297 Kamerstukken II 2012/13, 32402, nr. 12 (Derde Nota van wijziging).

298 Zie bijlage 1, 2a, 2b en 2c behorende bij Kamerstukken II 2012/13, 32620, nr. 78, p. 8 (Brief van de Minister van VWS). In haar brief van 19 maart 2013 aan de Eerste Kamer licht de Minister toe dat zij het voornemen heeft een dergelijk voorstel nog deze kabinetperiode in te dienen, zie Kamerstukken I 2012/13, 32402, nr. A

Evenzeer is van belang dat een op 24 april 2012 ingediend wetsvoorstel tot wijziging van de Wcz en enkele andere wetten – op 5 februari 2013 aangeboden aan de Eerste Kamer²⁹⁹ – zal worden beschouwd als een wetsvoorstel tot wijziging van de Zorgverzekeringswet (Zvw) en enkele andere wetten (wetsvoorstel Kwaliteitsinstituut).³⁰⁰ Dit wetsvoorstel boogt bestaande taken en verantwoordelijkheden op het gebied van goede zorg efficiënter vorm te geven door deze te bundelen en onder te brengen in een Zorginstituut Nederland, waarvan een Adviescommissie Kwaliteit deel moet uitmaken. Onder meer is voorgesteld het Zorginstituut Nederland een openbaar register te laten hanteren, waarin op voordracht van organisaties van cliënten, zorgaanbieders en zorgverzekeraars gezamenlijk, dan wel van de Adviescommissie Kwaliteit, professionele standaarden worden opgenomen. Het College van Zorgverzekeringen zal door het nieuwe orgaan worden vervangen.³⁰¹ Een zelfde lot is een tweede wijziging van de Wcz en enkele andere wetten, ingediend op 21 december 2012, beschoren;³⁰² dit wetsvoorstel zal worden beschouwd als een wetsvoorstel tot wijziging van de Wet gebruik burgerservicenummer in de zorg.³⁰³ Met dit voorstel is uitvoering gegeven aan een aantal moties met betrekking tot de elektronische uitwisseling van medische persoonsgegevens. Het wetsvoorstel schept aanvullende randvoorwaarden voor het eventuele gebruik van een elektronisch uitwisselingssysteem door zorgaanbieders, zulks ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de burger.³⁰⁴

(Brief van de Minister van VWS). Zie eveneens het bericht aan de Tweede Kamer Kamerstukken II 2012/13, 32402, nr. 11 (Brief van de Minister van VWS).

299 Kamerstukken I 2012/2013, 33243, nr. A (Gewijzigd Voorstel van Wet).

300 Kamerstukken II 2011/12, 33243, nr. 1 (KB) en nr. 2 (Voorstel van Wet). Zie voor de plannen met het wetsvoorstel bijlagen 1, 2a, 2b en 2c, behorende bij Kamerstukken II 2012/13, 32620, nr. 78 (Brief van de Minister). Zie eveneens Kamerstukken I 2012/13, 32402, nr. A (Brief van de Minister van VWS) en bijlage 1, behorende bij Kamerstukken I 2012/13, 32402, nr. A (Brief van de Minister van VWS) en Kamerstukken II 2012/13, 32402, nr. 11 (Brief van de Minister van VWS). Zie voorts de brief van de Minister van VWS d.d. 15 april 2013 aan de Eerste Kamer met bijlagen en het verslag van het schriftelijk overleg vastgesteld 16 april 2013.

301 Zie Kamerstukken II 2011/12, 33243, nr. 3, p. 2-3 (MvT); Kamerstukken II 2012/13, 33243, nr. 6 (Nota naar aanleiding van het verslag); Kamerstukken II 2012/13, 33243, nr. 7 (Nota van wijziging) en Kamerstukken II 2012/13, 33243, nr. 8 (Brief van de Minister van VWS). Zie ook Brief van de Minister van VWS 29 januari 2013 met kenmerk MC-U-31 53037 in reactie op ingediende amendementen en enkele juridische vragen over de wijziging en het Zorginstituut Nederland.

302 Kamerstukken II 2012/13, 33509, nr. 1 (KB) en nr. 2 (Voorstel van Wet). Zie voor de plannen met het wetsvoorstel bijlagen 1, 2a, 2b en 2c, behorende bij Kamerstukken II 2012/13, 32620, nr. 78 (Brief van de Minister).

303 Wet van 10 april 2008, houdende regels inzake het gebruik van het burgerservicenummer in de zorg, Stb. 2008, 164. Zie voor dit voornemen Kamerstukken I 2012/13, 32402, nr. A (Brief van de Minister van VWS) en de daarbij behorende bijlage 1 evenals Kamerstukken II 2012/13, 32402, nr. 11 (Brief van de Minister van VWS).

304 Kamerstukken II 2012/13, 33509, nr. 3, p. 1 (MvT).

B De rechtsverhouding tussen de zorgaanbieder en de cliënt

Het eerste deel van de analyse van het wetsvoorstel Wcz beslaat de wijze waarop met het voorgestelde materiële recht uitvoering zou worden gegeven aan de rechtsverhouding tussen arts, ziekenhuis en patiënt. Wordt het wetsvoorstel op dit punt bezien, dan blijkt dat zowel in het eerste wetsvoorstel als in het gewijzigde ontwerp ervan werd vastgehouden aan het uitgangspunt van een contractuele rechtsverhouding: artikel 7:446 BW – dat de behandelingsovereenkomst definieert – werd onaangetast gelaten en na kritiek werd zelfs gekozen voor een volledige instandhouding van Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW. Nieuw was echter dat naast de verplichtingen van het BW ook die van de Wcz op de behandelings-overeenkomst van toepassing zouden zijn, zo volgde uit artikel 84 Wcz.³⁰⁵ Voorts zouden de contracterende partijen niet langer worden geduid als ‘hulpverlener’ en ‘patiënt’, maar ook als ‘zorgverlener’, ‘zorgaanbieder’ en ‘cliënt’. Onder ‘zorgverlener’ werd ingevolge artikel 1, eerste lid, onder c, Wcz verstaan: de natuurlijke persoon die in persoon beroepsmatig zorg verleent, terwijl ingevolge artikel 1, eerste lid, onder d, Wcz onder de ‘niet-geregistreerde zorgverlener’ werd verstaan: de zorgverlener die niet staat ingeschreven in een register als bedoeld in artikel 3 van de Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg, noch een beroep uitoefent waarvan de opleiding krachtens artikel 34, eerste lid, van die wet is geregeld of aangewezen.³⁰⁶ De ‘solistisch werkende zorgverlener’ werd eveneens gedefinieerd. Daaronder werd verstaan de zorgverlener die, anders dan in opdracht van een zorgaanbieder of opdrachtnemer van een zorgaanbieder, zorg verleent, aldus artikel 1, eerste lid, onder e, Wcz. Onder ‘zorgaanbieder’ werd ingevolge artikel 1, eerste lid, onder f, Wcz verstaan: 1° de natuurlijke persoon die, het verband van natuurlijke personen dat of de rechtspersoon die bedrijfsmatig zorg doet verlenen en 2° de solistisch werkende zorgverlener.³⁰⁷ Dit betekent dat ook de maatschap door het begrip werd bestreken.

In het eerste wetsvoorstel was het begrip ‘zorgverlener’ niet afzonderlijk gedefinieerd en was het begrip zorgaanbieder op een andere wijze gedefinieerd.³⁰⁸

Dit bracht met zich dat organisatorische verbanden (zoals een maatschap van medisch-specialisten die in een ziekenhuis werken op basis van een toelatings-overeenkomst) oorspronkelijk niet onder het begrip zorgaanbieder vielen.³⁰⁹

305 Kamerstukken II 2009/10, 32402, nr. 1 (KB) en nr. 2 (Voorstel van Wet) alsmede Kamerstukken II 2010/11, 32402, nr. 7 (Nota van wijziging). Zie voor de toelichting Kamerstukken II 2010/11, 32402, nr. 6, p. 3 en p. 24-25 (Nota naar aanleiding van het verslag). Zie voor kritiek op dit punt V.E.T. Dörenberg, ‘Bom onder de Wcz’, *TvGr* 2011, nr. 7, p. 543.

306 Ingevolge artikel 3 Wet BIG zijn in het register opgenomen de arts, tandarts, apotheker, gezondheidszorg-psycholoog, psychotherapeut, fysiotherapeut, verloskundige en verpleegkundige.

307 Gewijzigd bij Kamerstukken II 2010/11, 32402, nr. 7 (Nota van wijziging).

308 Kamerstukken II, 2009/10, 32402, nr. 2 (Voorstel van Wet).

309 Kamerstukken II, 2009/10, 32402, nr. 3, p. 37 (MvT).

Onder ‘cliënt’ werd volgens de definitie van artikel 1, eerste lid, onder b, Wcz verstaan: eenieder die zorg vraagt of aan wie zorg wordt verleend.³¹⁰ Onder ‘zorg’ tot slot werd ingevolge artikel 1, eerste lid, onder a, Wcz verstaan: 1° zorg of dienst als omschreven bij of krachtens de Zorgverzekeringswet of de Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten; 2° handelingen op het gebied van de gezondheidszorg als bedoeld in artikel 1 van de Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg, die niet zijn begrepen onder 1°, ook indien die handelingen een andere strekking hebben dan het bevorderen of bewaken van de gezondheid van de cliënt. Hiermee werd bedoeld op onder meer tandheelkundige hulp voor volwassenen, alternatieve geneeswijzen en cosmetische verrichtingen.³¹¹

Voorts blijkt dat met het wetsvoorstel eveneens werd vastgehouden aan het uitgangspunt dat (wettelijk) vertegenwoordigers van de patiënt geen partij worden bij de behandelings-overeenkomst.³¹² Wel werd in artikel 4 Wcz bepaald dat de zorgaanbieder – voor het tot gelding brengen van de in de artikelen 13, 14, 15, 16, 19, 20, 21, 22, 23a, 23b, 23, 23d,³¹³ 24,³¹⁴ 27 en 32 aan de cliënt toegekende (‘klassieke’) rechten – zijn verplichtingen zou dienen na te komen jegens de wettelijk vertegenwoordiger van de cliënt, of bij het ontbreken daarvan, jegens de persoonlijk gemachtigde of de echtgenoot, de geregistreerde partner of andere levensgezel van de cliënt, of bij het ontbreken daarvan jegens een ouder, kind broer of zuster van de cliënt. In artikel 4, tweede lid, Wcz werd op die plicht een uitzondering gemaakt in geval van onverenigbaarheid met de zorg van een goed zorgverlener (na raadpleging van een andere zorgverlener).

Het uitgangspunt van een contractuele rechtsverhouding laat onverlet dat zich uitzonderingssituaties kunnen voordoen, waarin geen behandelingsovereenkomst tot stand komt. Deze situaties betreffen, kort gezegd, de gevallen waarin wilsovereenstemming ontbreekt (bijvoorbeeld bij de bewusteloze patiënt), de gevallen van gedwongen geneeskundige behandeling op grond van de wet op feitelijke verplichting, de gevallen waarin patiënten verzorgd worden anders dan ingevolge een geneeskundige behandeling en de gevallen waarin de gezondheidstoestand van de patiënt wordt beoordeeld (medische keuringen).³¹⁵ Het wetsvoorstel Wcz beoogde geen aanpassing op dit punt. Wel was een belangrijk doel

310 Zie voor de motivering voor de keuze van het begrip ‘cliënt’ Kamerstukken II 2010/11, 32402, nr. 6, p. 10 (Nota naar aanleiding van het verslag). Zie voor kritiek op het begrip ‘cliënt’ in EU-verband: R. ten Hoopen, ‘Wet Cliënt en Kwaliteit van Zorg: een heilzame operatie?’, *NJB afl. 32/2008*, p. 1990-1994.

311 Kamerstukken II 2009/10, 32402, nr. 3, p. 89 (MvT).

312 Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* 2009, nr. 399 en 404.

313 De verwijzing naar de artikelen 23a-23d is toegevoegd bij Voorstel van Wet tot wijziging van de Wcz, zie Kamerstukken II 2012/13, 33509, nr. 2. Dit wetsvoorstel wordt voortgezet als wetsvoorstel tot wijziging van de Wet gebruik burgerservicenummer in de zorg.

314 De verwijzing naar artikel 24 is toegevoegd bij de Tweede Nota van wijziging, zie Kamerstukken II 2011/12, 32402, nr. 10.

315 Zie hoofdstuk 3, par. 3.3.

van het wetsvoorstel het onderscheid tussen de contractuele en de niet contractuele rechtsverhouding op te heffen door een integrale gelding van de rechten en verplichtingen van de Wcz. Dit betekent dat de Wcz ingevolge het wetsvoorstel ook van toepassing zou zijn op de groep van patiënten die, anders dan in het kader van geneeskundige zorg, verpleegd en verzorgd wordt (AWBZ-zorg) en van toepassing zou zijn op die gevallen waarin op onvrijwillige basis geneeskundige zorg verleend wordt.³¹⁶ Slechts voor een aantal verplichtingen (voornamelijk op bestuursniveau) zou overeenkomstige toepassing niet gelden, zo volgde uit artikel 1, tweede tot en met zevende lid, Wcz.

C De rechten van de cliënt en de verplichtingen van de zorgaanbieder uit de rechtsverhouding

De analyse van de rechtsverhouding tussen de zorgaanbieder of zorgverlener enerzijds en de cliënt anderzijds toont dat een behandelingsovereenkomst als bedoeld in artikel, eerste lid, 7:446 BW uitgangspunt zou zijn. Het wetsvoorstel bevatte echter ook een bepaling – artikel 84 Wcz – die met zich moest brengen dat aan de verplichtingen uit de behandelingsovereenkomst mede invulling zou worden gegeven door de Wcz. In artikel 84 Wcz werd daartoe bepaald dat aan artikel 7:446 BW een vijfde lid moest worden toegevoegd, luidende: *‘Bepalingen van deze afdeling en bepalingen van de Wet cliëntenrechten zorg die betrekking hebben op handelingen op het gebied van de geneeskunst, zijn naast elkaar van toepassing, behoudens voor zover deze bepalingen niet wel verenigbaar zijn of de strekking daarvan in verband met de aard van de rechtsbetrekking zich tegen toepassing verzet.’*³¹⁷ Van de bepalingen van de Wcz zou niet ten nadele van de cliënt mogen worden afgeweken, zo volgt uit de voorgestelde tekst van artikel 2, eerste lid, Wcz, hetgeen tot gevolg moest hebben dat de meest gunstige bepaling – Wcz of BW – van toepassing zou zijn.³¹⁸ Hetzelfde gold voor die gevallen die niet door een contractuele rechtsverhouding worden gekenmerkt. De schakelbepaling van artikel 7:464 BW zou onverlet worden gelaten, wat betekent dat de bepalingen van zowel het BW (voor zover de rechtsbetrekking zich daartegen niet verzet) als die van de Wcz (met uitzondering van de in artikel 1, tweede tot en met zevende lid, genoemde afwijkingen) naast elkaar van toepassing zouden zijn. In aansluiting op het bepaalde in artikel 84 Wcz zou de meest gunstige bepaling worden toegepast. In de toelich-

316 Kamerstukken II 2009/10, 32402, nr. 3, p. 36-37 (MvT).

317 Kamerstukken II 2010/11, 32402, nr. 7, p. 25 (Nota van wijziging). Voor de formulering van samenloop is een oplossing gezocht in lijn van die van artikel 6:215 BW dat een algemene bepaling kent voor het geval dat overeenkomsten voldoen aan de omschrijving van twee of meer door de wet geregelde bijzondere overeenkomsten; artikel 6:215 bepaalt dat in dat geval de wettelijke bepalingen voor de desbetreffende bijzondere overeenkomsten in beginsel alle naast elkaar daarop van toepassing zijn: Kamerstukken II 2010/11, 32402, nr. 7, p. 59 (Nota van wijziging).

318 Kamerstukken II 2010/11, 32402, nr. 6, p. 24-25 (Nota naar aanleiding van het verslag).

ting op het wetsvoorstel werd overigens opgemerkt dat artikel 7:464, eerste lid, BW hierdoor overbodig was geworden.³¹⁹

Omdat onder vigeur van de Wcz de meest gunstige bepaling inhoud moest gaan geven aan de verplichtingen van de zorgaanbieder is het van belang te bezien in welk opzicht het wetsvoorstel Wcz een verandering ten opzichte van het BW beoogde. Daarbij wordt opgemerkt dat het enkele feit dat de Wcz in het voorstel met name werd geënt op ‘*rechten van de cliënt*’ in plaats van op ‘*verplichtingen van de zorgaanbieder*’, als zodanig geen verandering met zich zou brengen: de meeste rechten corresponderen immers met een verplichting van de zorgaanbieder.³²⁰ Dit volgt ook uit artikel 2, eerste lid, Wcz, ingevolge welk artikel aan de zorgaanbieder de verplichting werd opgelegd om ervoor te zorgen dat de zorg zou voldoen aan hetgeen waar de cliënt ingevolge de Wcz recht op zou hebben.

Bij de vormgeving van het wetsvoorstel werd nadrukkelijk bezien welke onderwerpen zich leenden voor het formuleren van een individueel recht voor de cliënt en welke onderwerpen beter konden worden geregeld door het formuleren van verplichtingen voor de zorgaanbieder, in welk geval de rechten van de cliënt een afgeleide van die verplichtingen zouden vormen.³²¹ De bedoeling daarvan was het voor de cliënt eenvoudiger te maken om dat recht tegenover de zorgaanbieder in stelling te brengen, mocht hij van mening zijn dat deze laatste dat recht niet in acht had genomen.³²²

De meeste met de ‘klassieke’ verplichtingen van de zorgaanbieder corresponderende rechten van de patiënt werden neergelegd in hoofdstuk 3 (‘Informatie, toestemming, dossier en bescherming van de persoonlijke levenssfeer’) van het wetsvoorstel Wcz, artikelen 13 tot en met 26 Wcz. Worden de rechten dan wel verplichtingen bezien, dan blijkt dat het wetsvoorstel Wcz op enkele punten een uitgebreidere, maar ook gunstiger regeling voorstond dan Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW.

Om te beginnen zou met het voorgestelde artikel 13, eerste lid, Wcz de informatieplicht ten gunste van de patiënt worden uitgebreid met een recht op informatie over de door hem aangeboden zorg, waaronder begrepen de tarieven en de kwaliteit,³²³ alsmede over de ervaringen van cliënten met die zorg. De bedoeling was de patiënt in staat te stellen een

319 Kamerstukken II 2009/10, 32402, nr. 3, p. 88 (MvT).

320 Zie nader Kamerstukken II 2009/10, 32402, nr. 3, p. 20 en 21 (MvT).

321 Kamerstukken II 2009/10, 32402, nr. 3, p. 20 (MvT).

322 Kamerstukken II 2009/10, 32402, nr. 3, p. 21 (MvT).

323 Thans reeds een verplichting van de zorgaanbieder op grond van artikel 38 Wmg. Zie ook RTG Amsterdam 26 oktober 2010, L/JN YG0612.

weloverwogen keuze te maken tussen verschillende zorgaanbieders.³²⁴ Op de zorgaanbieder zou voorts de verplichting komen te rusten de cliënt te informeren over het al dan niet bestaan van een wetenschappelijk bewezen werkzaamheid van de verleende zorg (is deze ‘*evidence based*’?), en over de wachttijd.³²⁵ Ingevolge artikel 13, tweede lid, Wcz zou de cliënt er jegens de zorgaanbieder tevens recht op hebben dat deze hem desgevraagd informatie zou geven over de rechten die uit Wcz zouden voortvloeien.

Uit de Memorie van Toelichting kan worden afgeleid dat het ‘recht op vrije keuze voor een zorgaanbieder’ in de kern betrekking had op informatie over de kwaliteit van zorg zoals verstrekt door zorgaanbieders. De patiënt zou voorafgaand aan de geneeskundige behandeling welbewust moeten kunnen kiezen voor een bepaalde zorgaanbieder. Een zorgaanbieder zou in eerste instantie mogen volstaan met informatie op het internet. Indien de cliënt dat zou wensen, dan zou de zorgaanbieder schriftelijk of mondeling (aanvullende) informatie aan de cliënt moeten verschaffen.³²⁶ Het was de bedoeling van de Minister om met het recht op keuze-informatie de rechtspositie van de cliënt voorafgaand aan de zorgrelatie te versterken.³²⁷

Een tweede uitbreiding op de informatieplicht ten gunste van de patiënt werd beoogd met artikel 14, eerste lid, Wcz, dat de cliënt recht zou geven op overleg over zijn behoefte aan zorg, de inhoud en de wijze van verlening van de aangeboden zorg en voorts van de termijn waarop deze kan worden verleend en de verwachte tijdsduur ervan. Bovendien zou het overleg tijdig plaats moeten vinden en, indien de aard van de zorg daartoe aanleiding zou geven,³²⁸ daarna met regelmatige tussenpozen.

Uit de Memorie van Toelichting kan worden afgeleid dat belang werd gehecht aan de eigen mening van de cliënt over de te verlenen zorg en aan de omstandigheid dat zorgaanbieder en cliënt het samen eens zouden worden over welke zorg het beste past bij de situatie van de cliënt. Bovendien zou met een overleg

324 Zie Nota van wijziging, Kamerstukken II 2010/11, 32402, nr. 7.

325 Zie voor kritiek op dit recht (vorm en keuzestress) A.C. Hendriks, ‘Van patiënten-naar cliëntenrechten: oude wijn in nieuwe zakken?’, *TvGr* 2010, nr. 8, p. 605-615, met verwijzing naar A. Coulter e.a., ‘Do patients want a choice and does it work?’, *BMJ* 2010; 341:c4989.

326 Kamerstukken II 2009/10, 32402, nr. 3, p. 49 (MvT).

327 Zie voor kritiek A.C. Hendriks, ‘Van patiënten-naar cliëntenrechten: oude wijn in nieuwe zakken?’, *TvGr* 2010, nr. 8, p. 605-615. Zie ook S. Colsen, ‘De Wet cliëntenrechten zorg en de aansprakelijkheid van de zorgaanbieder’, *PIV-Bulletin* april 2012, p. 8-12.

328 Ingevoegd bij Nota van wijziging, Kamerstukken II 2010/11, 32402, nr. 7.

de onderlinge verwachtingen van zorgaanbieder en cliënt op elkaar kunnen worden afgestemd.³²⁹

Ook de dossierplicht zou worden uitgebreid. Ingevolge het voorgestelde artikel 19, tweede lid, Wcz zou de zorgaanbieder de plicht krijgen om de eventuele wilsonbekwaamheid van de cliënt in het patiëntendossier te vermelden.³³⁰ Met het tweede wetsvoorstel tot wijziging van de Wcz (en enkele andere wetten) zou de patiënt voorts het recht worden gegeven op toevoeging aan het dossier van een verklaring over het gebruik van zelfmedicatie.³³¹ Een wijziging van de bewaartermijn van het patiëntendossier – geen vijftien jaar, maar twintig jaar – tot slot werd beoogd met de voorgestelde tekst van artikel 20, eerste lid, Wcz.³³² De bewaartermijn zou gaan lopen op de datum waarop de laatste wijziging van het dossier heeft plaatsgevonden, dat wil zeggen de datum van het meest recente consult van de cliënt bij de betrokken zorgaanbieder.³³³

De Minister van VWS beoogde hiermee het advies van de Gezondheidsraad over de bewaartermijn op te volgen, zo volgt uit de toelichting op de voorgestelde tekst.³³⁴ Ingevolge artikel 84 Wcz zou de wijziging ook worden doorgevoerd in artikel 7:454, derde lid, BW.³³⁵

Een uitbreiding op zowel de informatieplicht als de dossierplicht ten gunste van de patiënt werd voorts beoogd met de voorgestelde tekst van artikel 21 Wcz. In het artikel werd het recht van de patiënt om op de hoogte te geraken van de aard en toedracht van incidenten bij de zorgverlening die merkbare gevolgen hebben of kunnen hebben voor de cliënt, opgenomen. De aard en de toedracht zouden ingevolge het voorstel onverwijld aan de patiënt moeten worden meegedeeld en moeten worden aangetekend in het medisch dossier. Met het artikel is tot uitdrukking gebracht dat de Minister van VWS veel waarde hecht aan openheid rond de zorgverlening.³³⁶ De plicht is dan ook opnieuw opgenomen in de Wet kkgz, artikel 10, derde lid, als onderdeel van ‘goede zorg’(verlening).

329 Kamerstukken II 2009/10, 32402, nr. 3, p. 113 (MvT).

330 Zie voor de toelichting Kamerstukken II 2009/10, 32402, nr. 3, p. 52 (MvT). Niet zozeer uit de Memorie van Toelichting als wel uit de evaluatie van Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW kan worden opgemaakt, dat artsen behoefte hebben aan duidelijke criteria ter bepaling van wils(on)bekwaamheid, zie J.C.J. Dute e.a., Evaluatie WGBO, Den Haag: Zonmw 2000, p. 13, 14 en 15.

331 Kamerstukken II 2012/13, 33509, nr. 2 (Voorstel van Wet).

332 In het conceptvoorstel van 12 maart 2009 werd uitgegaan van dertig jaar. Vanwege de daaraan verbonden lasten is de termijn teruggebracht, Kamerstukken II 2009/10, 32402, nr. 3, p. 71, 86-87.

333 Kamerstukken II 2009/10, 32402, nr. 3, p. 121 (MvT).

334 Kamerstukken II 2009/10, 32402, nr. 3, p. 120-121 (MvT). Zie voor het advies van de Gezondheidsraad: Gezondheidsraad, Bewaartermijn patiëntengegevens, 1 april 2004.

335 Kamerstukken II 2010/11, 32402, nr. 7 (Nota van wijziging).

336 Kamerstukken II 2009/10, 32402, nr. 3, p. 123-124 (MvT).

Volgens de Memorie van Toelichting zijn incidenten onbedoelde gebeurtenissen tijdens de zorgverlening, die tot merkbare gevolgen voor de cliënt hebben geleid of nog kunnen leiden. Als voorbeeld van zo een laatste omstandigheid werd de situatie waarin de effecten van ten onrechte toegediende medicatie pas na enige tijd voor de cliënt merkbaar worden, aangehaald. Opgemerkt werd ook dat incidenten de schending van de persoonlijke levenssfeer of een onrechtmatige verwerking van persoonsgegevens kunnen betreffen. Voorts is in de Memorie van Toelichting benadrukt dat het recht van artikel 21 Wcz niet in strijd zou komen met het verbod van erkenning van aansprakelijkheid neergelegd in artikel 7:953 BW.³³⁷

Nieuw is daarnaast het beoogde recht voor nabestaanden om inzage te krijgen in en een afschrift te krijgen van het patiëntendossier. Ingevolge het voorgestelde artikel 23 Wcz zou dit recht bestaan, indien en voor zover a. de cliënt daarvoor schriftelijk toestemming heeft gegeven of b. er sprake is van [een] zwaarwegend belang ter zake voor de nabestaanden.³³⁸

In de toelichting op artikel 23 Wcz werd als voorbeeld van een zwaarwegend belang het gebruik van gegevens in een aansprakelijkheidsprocedure genoemd.³³⁹

Een laatste uitbreiding ten gunste van de patiënt werd beoogd met het tweede wetsvoorstel tot wijziging van de Wcz. Met deze wijziging werd een aantal rechten toegevoegd die verband houden met de elektronische verwerking van gegevens. Het betreft de toevoeging van artikelen 23a tot en met 23e Wcz en 25a Wcz.³⁴⁰

De overige rechten blijken min of meer vergelijkbaar te zijn met de verplichtingen zoals verwoord in Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW zij het in een andere volgorde of in een enigszins gewijzigde tekst.

337 Kamerstukken II 2009/10, 32402, nr. 3, p. 123-124 (MvT).

338 Onder de conceptversie van de tekst stond nog 'voldoende belang', hetgeen niet in overeenstemming is met de vigerende rechtspraak op dat gebied, hoewel het artikel een codificatie van de rechtspraak beoogde, zie Concept artikelsgewijze toelichting 12 maart 2009, p. 26.

339 Kamerstukken II 2009/10, 32402, nr. 3, p. 125 (MvT). In de toelichting worden ook andere, reeds in de jurisprudentie aangenomen, voorbeelden genoemd. Zie voor een anticipatie op artikel 23 Wcz Rechtbank Oost-Nederland 28 maart 2013, *LJN* BZ6271 (zwaarwegend belang gelet op testamentwijziging en vermoeden van wilsonbekwaamheid). Deze uitspraak is conform de heersende jurisprudentie.

340 De artikelen zijn toegevoegd bij Voorstel van Wet tot wijziging van de Wcz, zie Kamerstukken II 2012/13, 33509, nr. 2. Dit wetsvoorstel wordt voortgezet als wetsvoorstel tot wijziging van de Wet gebruik burgerservicenummer in de zorg.

D De grondslagen voor aansprakelijkheid van de zorgaanbieder

Zoals opgemerkt, zou een cliënt die schade ondervindt als gevolg van een geneeskundige behandeling, zich onder vigore van de Wcz op de cliëntenrechten van de Wcz kunnen beroepen, ongeacht de onderliggende rechtsverhouding met de zorgaanbieder. De Wcz zou immers in geval van het bestaan van een contractuele rechtsverhouding de verplichtingen van de zorgaanbieder uit hoofde van de behandelingsovereenkomst nader invullen en zou bij afwezigheid van een contractuele rechtsverhouding invulling geven aan de zorgvuldigheidsnormen die de zorgaanbieder jegens de cliënt in acht moet nemen. Dit neemt echter niet weg dat de cliënt voor een recht op schadevergoeding aangewezen zou blijven op de grondslagen die het BW hem daarvoor biedt.³⁴¹ Dit betreft de tekortkoming in de nakoming van een contractuele verplichting en, bij afwezigheid van een contract, de onrechtmatige daad en de kwalitatieve aansprakelijkheden.³⁴² Ook de positie van bij de patiënt betrokken derden zou met het wetsvoorstel niet worden gewijzigd; wettelijk vertegenwoordigers, de partner van de patiënt en het (on)geboren kind van de patiënt zouden geen partij bij de behandelingsovereenkomst worden en dus aangewezen blijven op het gesloten systeem van schadevergoeding.³⁴³

Waar in de conceptversie van de toelichting op de Wcz nog werd aangegeven dat het ontbreken van een eigen recht van derden als een probleem werd ervaren en dat de Wcz daarvoor een oplossing beoogde te bieden,³⁴⁴ is dit niet terug te vinden in de uiteindelijke tekst van de toelichting.

De centrale aansprakelijkheid van het ziekenhuis – de vierde grondslag – zou met het wetsvoorstel echter een enigszins andere inhoud hebben gekregen. Met het voorgestelde artikel 3, eerste lid, Wcz zou er niet alleen een mede-aansprakelijkheid van het ziekenhuis worden gecreëerd, maar ook van andere zorgaanbieders, zoals huisartsenposten en thuiszorginstellingen.³⁴⁵ Met het voorgestelde artikel 3, derde lid, Wcz zou de mede-aansprakelijkheid bovendien ook gelden wanneer anders dan krachtens een overeenkomst zorg zou zijn verleend; een duidelijke uitbreiding ten opzichte van artikel 7:462 BW dus. Overigens werd reeds gesignaleerd dat artikel 6:171 BW evenzeer een mede-aansprakelijkheid voor het ziekenhuis creëert wanneer de toegelaten arts met wie door de patiënt werd gecontracteerd een fout maakt.³⁴⁶

341 Zie ook Kamerstukken II 2009/10, 32402, nr. 3, p. 27 (MvT).

342 Kamerstukken II 2009/10, 32402, nr. 3, p. 27 (MvT).

343 Zie eerder hoofdstuk 3, par. 3.2.2 en hoofdstuk 7, par. 7.3.2.

344 Conceptmemorie van Toelichting 12 maart 2009, p. 13-15.

345 Zie ook J.G. Sijmons, 'Goed bestuur en de organisatie van de zorginstelling', *TvGr* 2010, nr. 8, p. 624-638.

346 Hoofdstuk 4, par. 4.3.4.1.

E De norm waaraan het handelen van de zorgaanbieder wordt getoetst

Afwenteling van schade vereist verwijtbaar onjuist gedrag, (ook) onder vigore van de Wcz gelegen in een tekortkoming of een onrechtmatige daad. Ter beoordeling wordt het gedrag van de arts of het ziekenhuis getoetst aan een norm. Wordt het wetsvoorstel op dit punt gezien, dan blijkt deze norm te zijn vervat in artikel 5 Wcz, het eerste artikel van hoofdstuk 2 van de Wcz ('Goede zorg'). Met artikel 5, eerste lid, Wcz werd de cliënt jegens de zorgaanbieder een recht op 'goede zorg' gegeven. Volgens de wettekst werd onder 'goede zorg' verstaan 'zorg van een goed niveau, die in ieder geval veilig, doeltreffend, doelmatig en cliëntgericht is, die tijdig wordt verleend en is afgestemd op de reële behoefte van de cliënt, en waarbij de zorgverleners handelen in overeenstemming met de op hen rustende verantwoordelijkheid, voortvloeiende uit de voor hen geldende professionele standaard'. Met het eerste wetsvoorstel tot wijziging van de Wcz en enkele andere wetten (inhoudende de inrichting van het Zorginstituut Nederland en een register met professionele standaarden) werd bovendien voorgesteld aan artikel 5, eerste lid, Wcz de zinsnede toe te voegen dat 'de personen die zorg verlenen dat moeten doen óók in overeenstemming met de overeenkomstig artikel 47a Wcz in het openbaar register opgenomen voor hen geldende professionele standaard'.³⁴⁷

Met het eerste voorstel tot wijziging van de Wcz werd ook een aanpassing van artikel 7:453 BW beoogd. Na 'voortvloeiende uit de voor hulpverleners geldende professionele standaard' zou moeten worden toegevoegd: '*waaronder de overeenkomstig artikel 47a van de Wet cliëntenrechten zorg in het openbaar register opgenomen voor hem geldende professionele standaard*'.³⁴⁸

Het eerste wetsvoorstel tot wijziging van de Wcz zal worden voortgezet als wijziging van de Zorgverzekeringswet en enkele andere wetten. De tekst zal dan worden vervangen door '*waaronder de overeenkomstig artikel 66b van de zorgverzekeringswet in het openbaar register opgenomen voor hem geldende professionele standaard*'.³⁴⁹ Artikel 5 Wcz zelf is gehandhaafd in hoofdstuk 2 'Goede Zorg' van de Wet kkgz (artikel 2), zij het dat de cliënt niet een recht heeft op goede zorg, maar de zorgaanbieder de verplichting heeft om goede zorg aan te bieden.³⁵⁰

Artikel 5, eerste lid, Wcz nader gezien, moet worden geconcludeerd dat het wetsvoorstel geen andere invulling aan het vereiste niveau van zorg beoogde te geven dan artikel

347 Kamerstukken II 2011/12, 33243, nr. 2 (Voorstel van Wet).

348 Artikel III Kamerstukken II 2011/12, 33243, nr. 2 (Voorstel van Wet).

349 Zie reeds de anticipatie in artikel IX Kamerstukken II 2011/12, 33243, nr. 2 (Voorstel van Wet).

350 Kamerstukken II 2012/13, 3402, nr. 12 (Derde Nota van wijziging).

7:453 BW dat doet.³⁵¹ Nog steeds zou met de in artikel 5, eerste lid, Wcz geformuleerde norm leidend zijn geweest hetgeen een redelijk bekwaam en redelijk handelend zorgaanbieder had moeten doen;³⁵² hoewel de norm uitgebreider is geformuleerd dan artikel 7:453 BW bevat zij geen noviteiten. Vermeldenswaard is overigens wel dat in de voorgestelde tekst van artikel 5 Wcz ‘veiligheid’ expliciet als element van goede zorg werd genoemd. Onder ‘veilig’ moet volgens de toelichting worden verstaan ‘het (nagenoeg) ontbreken van (de kans op) aan de cliënt toegebrachte schade (lichamelijk of psychisch) als gevolg van het niet volgens de professionele standaard handelen van hulpverleners of door een tekortkoming van de organisatie van de zorg’.³⁵³ De toevoeging van de zinsnede ‘voortvloeiende uit de voor hem geleden professionele standaard’ zou voorts (nog steeds) inhouden dat invulling van de norm ‘goede zorg’ mede geschiedt door de medische beroepsgroep door middel van zelfregulering.³⁵⁴ Dit zou, zoals thans ook het geval is, veelal gebeuren door middel van het formuleren van richtlijnen, zorgstandaarden, protocollen en gedragsregels.³⁵⁵ Nieuw is daarentegen dat ingevolge de voorgestelde tweede wijziging van het wetsvoorstel Wcz het Zorginstituut Nederland (onder meer) de plicht zou krijgen professionele standaarden die aan de eisen van een bepaald toetsingskader voldoen, in te schrijven in een openbaar register.³⁵⁶ Zoals opgemerkt, wordt dit wetsvoorstel met dezelfde inhoud vervolgd als een wijziging van de Zvw en in die zin is de plicht nog actueel. Een vorm van zelfregulering die eveneens zou moeten gaan bijdragen aan ‘goede zorg’ – en welke vorm overigens al wordt gehanteerd – betreft een aantal algemene voorwaarden, ontwikkeld door zorgaanbieders en cliëntenorganisaties.³⁵⁷

De ongewijzigde inhoud van de norm blijkt uit de Memorie van Toelichting op artikel 5 Wcz, waarin een ander als volgt is verwoord: ‘De inhoud en reikwijdte van de aanspraak op “goede zorg”, welke artikel 5, eerste lid, regelt, impliceert net als het begrip “verantwoorde zorg” dat de zorg in elk geval moet voldoen aan de professionele standaard en ook overigens goed moet zijn. De

351 Kamerstukken II 2009/10, 32402, nr. 3, p. 39-40 en 102-103 (MvT).

352 Zie Kamerstukken II 2009/10, 32402, nr. 3, p. 39-40 en p. 102-103 (MvT). In Kamerstukken II 2009/10, 32402, nr. 3, p. 43 (MvT) wordt uitdrukkelijk verwezen naar HR 9 november 1990, NJ 1991, 26 (Speeckaert/Gradener). Zie ook hoofdstuk 4, par. 4.2.1.

353 Kamerstukken II 2009/10, 32402, nr. 3, p. 40-41 (MvT) en Kamerstukken II 2011/12, 33243, nr. 4, p. 3-4 (Advies Raad van State). Zie voor de definitie van patiëntveiligheid ook M. Peeters e.a., Patiëntveiligheid in de Gezondheidszorg en verslavingszorg – Een eerste verkenning naar zorggerelateerde onbedoelde schade, Nivel en Trimbos Instituut Utrecht 2009, p. 65; GGZ Nederland, Patiëntveiligheidsprogramma GGZ 2008-2011, p. 8 en IGZ, Implementatie van het veiligheidsmanagementsysteem vordert, maar prospectief risicomanagement blijft ver achter, Utrecht 2011, p. 38.

354 Kamerstukken II 2009/10, 32402, nr. 3, p. 41 (MvT).

355 Kamerstukken II 2009/10, 32402, nr. 3, p. 38 (MvT).

356 Aldus artikel 47a Wcz. Zie Kamerstukken II 2011/12, 33243, nr. 3, p. 12 (MvT).

357 Kamerstukken II 2009/10, 32402, nr. 3, p. 28 (MvT). Zie voor het gebruik als eerste sector in de zorg de verpleeg- en verzorgingshuizen en thuiszorgorganisaties.

WGBO stelt in artikel 7:453 dat de hulpverlener bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed hulpverlener in acht neemt. Evenals het begrip "verantwoorde zorg," is het begrip "goed hulpverlener," een globale norm, die door het veld verder moet (en kan) worden ingevuld. Voor beide begrippen geldt wat de toelichting bij artikel 7:453 BW over de rol van de rechter bij de toetsing ervan heeft gezegd, namelijk dat deze "regels en normen die op het gebied van de hulpverlening in de gezondheidszorg gelden (zal) gebruiken als bouwstenen voor zijn oordeel,,". Vervolgens verwees die toelichting ter illustratie naar dezelfde rapporten, protocollen, etc, als waarnaar de toelichting van de Kwaliteitswet verwees. Wij stellen voor om in artikel 5, eerste lid, de kwaliteitsnorm van de WGBO van "goed hulpverlener," te gebruiken, vertaald in de norm van "goede zorg,,". Net als het begrip "hulp van een goed hulpverlener," impliceert de norm, dat zorg moet worden verleend zoals een redelijk bekwaam hulpverlener dat doet. (...) Tegelijk is de formulering van artikel 5, eerste lid, van het wetsvoorstel niet statisch; de inhoud en reikwijdte van de aanspraak verandert met de zich in de praktijk ontwikkelende stand van de wetenschap en normen, eisen en ervaringen uit de kring van beroepsbeoefenaren zelf.³⁵⁸

De norm van 'goede zorg' werd in het wetsvoorstel nader uitgewerkt in de artikelen 7, 8, 9 10, 11 en 12 Wcz.³⁵⁹ De daarin beschreven plichten van de zorgaanbieder betroffen plichten die reeds zijn verwoord in de Kwz of onder 'goed hulpverlenerschap' als bedoeld in artikel 7:453 BW kunnen worden geschaard en dus evenmin een noviteit zijn. Zo werd in artikel 7 Wcz bepaald dat de zorgaanbieder de zorgverlening op zodanige wijze dient te organiseren, zich zowel kwalitatief als kwantitatief zodanig van personele en materiële middelen en, voor zover nodig, van bouwkundige voorzieningen dient te voorzien en, indien hij een zorgaanbieder is als bedoeld in artikel 1, eerste lid, onderdeel f, 1°, tevens zorg dient te dragen voor een zodanige toedeling van verantwoordelijkheden,³⁶⁰ bevoegdheden alsmede afstemmings- en verantwoordingsplichten,³⁶¹ dat een en ander redelijkerwijs moet leiden tot het verlenen van goede zorg. In artikel 9 Wcz werd de beschikbaarheid van zorg geregeld, terwijl in de artikelen 10 en 11 Wcz de zorgaanbieder een verplichting tot bewaking, beheersing en verbetering van de kwaliteit van zorg (onder meer door het bijhouden van een register) werd opgelegd. De plicht tot het melden van calamiteiten en seksueel misbruik (thans artikel 4a Kwz) werd in artikel 12 Wcz neergelegd. Een en ander

358 Kamerstukken II 2009/10, 32402, nr. 3, p. 102-103 (MvT).

359 Zie over de artikelen ook J. Legemaate, 'De Wcz en kwaliteit van zorg' *TvGr* 2010, nr. 8, p. 597-604.

360 Kamerstukken II 2009/10, 32402, nr. 3, p. 105 (MvT). Zie over dit punt ook J. Legemaate, 'De Wcz en kwaliteit van zorg', *TvGr* 2010, nr. 8, p. 597-604.

361 De afstemmingsplichten zijn zeer ingekort ten opzichte van het concept wetsvoorstel van 12 maart 2009. Zie voor kritiek J. Legemaate, 'De Wcz en kwaliteit van zorg', *TvGr* 2010, nr. 8, p. 597-604.

zou nader kunnen worden ingevuld door middel van Algemene Maatregelen van Bestuur, aldus artikel 8 Wcz.³⁶²

In de Wet kkgz zijn de meeste uitgangspunten van goede zorg gehandhaafd en opgenomen in hoofdstuk 2 'Goede Zorg'. Toegevoegd is voorts (onder andere) de verplichting om een meldcode vast te stellen waarin stapsgewijs wordt aangegeven hoe met signalen van huiselijk geweld of kindermishandeling moet worden omgegaan (artikel 8 Wet kkgz).³⁶³

Nieuw tot slot zou de regeling zijn van de norm waaraan het handelen van een alternatieve behandelaar zou worden getoetst. Artikel 5, tweede lid, Wcz bevatte daartoe een afwijking van het eerste lid. Bepaald werd dat een zorgaanbieder als bedoeld in artikel 1, achtste lid, Wcz slechts zorg verleent die buiten noodzaak niet leidt tot schade of een aanmerkelijke kans op schade voor de gezondheid van de cliënt.³⁶⁴ De uitwerkingen neergelegd in de artikelen 7 tot en met 12 Wcz zouden niet op de alternatieve genezer van toepassing zijn.

In de Wet kkgz is deze bepaling gehandhaafd als artikel 2, derde lid.³⁶⁵

F De stelplicht- en bewijslastverdeling terzake de normschending en het causaal verband

Het laatste deel van de analyse van het wetsvoorstel Wcz beslaat de wijze waarop met het voorgestelde materiële recht de stelplicht en bewijslast zou worden verdeeld. Wat dit punt betreft lijkt van belang hetgeen is opgemerkt in de toelichting op het wetsvoorstel Wcz. In de toelichting staat namelijk dat 'een duidelijk geformuleerd recht het voor de cliënt eenvoudiger doet maken om dat recht tegenover de zorgaanbieder in stelling te brengen mocht de cliënt van mening zijn dat de zorgaanbieder dit recht niet in acht heeft genomen' en dat 'het aan de zorgaanbieder is om de cliënt gemotiveerd uit te leggen dat het recht wel in acht is genomen'.³⁶⁶ Uit deze woordkeuze zou kunnen worden afgeleid dat de cliënt onder het regime van de Wcz in afwijking van de hoofdregel van artikel 150 Rv slechts zou hoeven stellen dat tijdens de zorgverlening een recht is geschonden en dat het aan de zorgaanbieder zou zijn om te stellen en te bewijzen dat hij goede zorg heeft verleend. Dit is echter niet juist. De redactie van artikel 5 Wcz noch enige ander materieelrechtelijke

362 Zie over de AMvB's ook J. Legemaate, 'De Wcz en kwaliteit van zorg', *TvGr* 2010, nr. 8, p. 597-604.

363 Zie Kamerstukken II 2012/13, 32402, nr. 12 (Derde Nota van wijziging).

364 Zie het corresponderende artikel 1, achtste lid, Wcz. Zie over de norm ook A.C. Hendriks, 'Van patiënten naar cliëntenrechten: oud wijn in nieuwe zakken?', *TvGr* 2010, nr. 8, p. 605-615. Vergelijk voorts artikel 96, eerste en tweede lid, van de Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg waarin het buiten noodzaak veroorzaken van een aanmerkelijke kans op schade strafbaar is gesteld.

365 Zie Kamerstukken II 2012/13, 32402, nr. 12 (Derde Nota van wijziging).

366 Kamerstukken II 2009/10, 32402, nr. 3, p. 21 (MvT).

bepaling zou een uitzondering op de procesrechtelijke hoofdregel van bewijs (artikel 150 Rv) met zich brengen.³⁶⁷ Aldus zou de cliënt ook onder vigore van de Wcz moeten stellen en, bij betwisting, moeten bewijzen dat de zorgaanbieder niet heeft gehandeld als een redelijk bekwaam en redelijk handelend zorgaanbieder. Soms impliceert de norm dat de zorgaanbieder een bepaald resultaat moet behalen. In de meeste gevallen impliceert die norm dat de zorgaanbieder zich in een bepaalde mate moet inspannen.³⁶⁸ Dit zou niet anders zijn met de in artikel 5 Wcz verwoorde norm van ‘goede zorg’.

In de toelichting op het wetsvoorstel merkte de Minister van VWS daarover op dat goede zorgverlening het resultaat zou moeten zijn, hetgeen echter wat anders is dan de verplichting om de behandeling succesvol te doen zijn. Zij benadrukte enerzijds dat voorkomen moet worden dat de indruk zou ontstaan dat zorgaanbieders in strijd met de wet zouden handelen louter vanwege het feit dat de behandeling niet tot algeheel herstel van een ziekte heeft geleid, maar anderzijds ook dat de zorgaanbieder zich met al zijn vermogen en overeenkomstig de algemeen aanvaarde norm moet inzetten.³⁶⁹

Gezien de hoofdregel van artikel 150 Rv en de voorgestelde materieelrechtelijke bepalingen zou evenmin een verandering teweeg worden gebracht in de stelplicht- en bewijslastverdeling betreffende het *condicio sine qua non*-verband. Een cliënt die een vergoeding van zijn schade wil, zou ook onder vigore van de Wcz moeten stellen en, bij betwisting, moeten bewijzen dat hij als gevolg van de tekortkoming of de onrechtmatige daad van de zorgaanbieder schade heeft geleden.³⁷⁰ Daarbij wordt opgemerkt dat hoewel in artikel 5 Wcz zou worden benadrukt dat het bij het in acht nemen van ‘goede zorg’ gaat om een veiligheidsnorm die gezondheidsschade bij de cliënt beoogt te voorkomen, de formulering van de norm nog steeds algemeen van aard is. Voor een geslaagd beroep op de omkeringsregel zou de patiënt de norm dus nog steeds moeten specificeren en moeten aantonen dat de norm bescherming bood tegen het specifieke gevaar (lichamelijk of geestelijk letsel, dan wel het overlijden van de cliënt) dat zich in het geval van de cliënt heeft verwezenlijkt.³⁷¹

10.3.1.2 Verhaal van schade in de voorgestelde praktijk

In het oorspronkelijke wetsvoorstel Wcz bevatte Hoofdstuk 4 de regeling van een nieuwe klachten- en geschillenregeling. Het hoofdstuk zou de titel ‘Effectieve, laagdrempelige klachten- en geschillenbehandeling’ dragen. Het recht op een behandeling van klachten

367 Kamerstukken II 2009/10, 32402, nr. 3, p. 43 (MvT).

368 Hoofdstuk 4, par. 4.2.2.2.

369 Kamerstukken II 2009/10, 32402, nr. 3, p. 103 (MvT).

370 Zie onder meer HR 11 juni 2010, NJ 2010, 333.

371 Zie voor de omkeringsregel hoofdstuk 6, par. 6.3.4.1.

en geschillen werd in artikel 27 Wcz geformuleerd als het recht van de cliënt jegens de zorgaanbieder om een klachtbehandeling te krijgen die voldoet aan de bepalingen van hoofdstuk 4. De klachtbehandeling zou ook gelden ten aanzien van de alternatieve behandelaar, zo volgt uit artikel 1, achtste lid, Wcz, doch zou niet van toepassing zijn op handelingen ter beoordeling van de gezondheidstoestand of medische begeleiding van een cliënt, verricht in opdracht van een ander dan die cliënt in verband met – kort gezegd – medische keuringen, aldus artikel 1, zevende lid, Wcz. Met de klachtprocedure werd beoogd de cliënt een snelle, eenvoudige en informele mogelijkheid te bieden om zijn recht te halen, mocht hij van oordeel zijn dat met zijn rechten geen of onvoldoende rekening was gehouden. Voorts moest het behandelen van klachten ertoe bijdragen dat signalen voor kwaliteitsverbetering door de zorgaanbieder zouden worden opgepakt.³⁷² De procedure zou bovendien (voor de patiënt) kosteloos zijn, behoudens eventueel door hem zelf te betalen (onverplichte) rechtsbijstand.³⁷³ De bedoeling was dan ook dat de klachten- en geschillenregeling een belangrijke plaats zou gaan innemen bij het verhaal van schade in de praktijk, zulks naast de reeds bestaande mogelijkheid om een geschil voor te leggen aan de civiele (deelgeschil)rechter.

Zoals blijkt uit de toelichting op de klachtprocedure werd beoogd een passender klachtregeling op te stellen door de verantwoordelijkheid daar te leggen waar het probleem is ontstaan: bij de zorgaanbieder.³⁷⁴ De WKCZ die thans de klachtprocedure regelt,³⁷⁵ zou met het wetsvoorstel Wcz worden ingetrokken.³⁷⁶

De regeling zelf werd neergelegd in artikel 28 en 29 Wcz. In artikel 28, eerste lid, Wcz ten eerste werd bepaald dat de zorgaanbieder schriftelijk een regeling dient te treffen voor een effectieve en laagdrempelige opvang en afhandeling van klachten over gedragingen jegens een cliënt in het kader van de zorgverlening.³⁷⁷ Ingevolge artikel 28, tweede lid, Wcz zou de klachtenregeling – rekening houdende met de aard van de zorg en de categorie van cliënten waaraan zorg wordt verleend – zodanig moeten worden ingericht dat a. klachten schriftelijk kunnen worden ingediend door cliënten, door nabestaanden van een overleden cliënt, door personen op wie artikel 4 van toepassing is [toevoeging: (wettelijk) vertegen-

372 Kamerstukken II 2009/10, 32402, nr. 3, p. 53 (MvT).

373 Kamerstukken II 2009/10, 32402, nr. 3, p. 14 (MvT).

374 Kamerstukken II 2009/10, 32402, nr. 3, p. 53 (MvT).

375 Zie voor een bespreking van de WKCZ hoofdstuk 2, par. 2.5.1.

376 Artikel 77 Wcz.

377 Net als in de WKCZ wordt geen onderscheid gemaakt tussen verschillende zorgaanbieders. Dit betekent dat zowel de individueel werkende persoon die zorg aanbiedt als de zorgaanbieder die een instelling in stand houdt aan dezelfde verplichtingen moeten voldoen.

woordigers] en door personen ten aanzien van wie artikel 4 ten onrechte niet is toegepast;³⁷⁸ b. de klager desgewenst gratis met informatie, advies en bemiddeling wordt ondersteund door een daartoe door de zorgaanbieder aangewezen geschikte persoon met wie de klager op eenvoudige wijze in contact kan treden en die niet handelt dan met toestemming van de klager; c. klachten zorgvuldig worden onderzocht en de wijze van behandeling zoveel mogelijk is gericht op het voorkomen van geschillen; d. de klager zoveel mogelijk op de hoogte wordt gehouden van de voortgang van de behandeling; e. een persoon als bedoeld onder b, die in dienst is van de zorgaanbieder, niet uit hoofde van zijn functie door de zorgaanbieder wordt benadeeld; f. klachten, rekening houdende met de aard van de klacht, zo spoedig mogelijk, doch uiterlijk binnen zes weken na indiening, worden afgehandeld, met dien verstande dat de zorgaanbieder in bijzondere omstandigheden deze termijn met ten hoogste vier weken kan verlengen, waarvan schriftelijk mededeling wordt gedaan aan de klager; g. de klager een schriftelijke mededeling van de zorgaanbieder ontvangt waarin met redenen omkleed is aangegeven tot welk oordeel het onderzoek van de klacht heeft geleid, welke beslissingen de zorgaanbieder over en naar aanleiding van de klacht heeft genomen en binnen welke termijn maatregelen waartoe is besloten, zullen zijn gerealiseerd. In artikel 28, derde lid, Wcz werd voorts neergelegd dat in de klachtenregeling zou kunnen worden bepaald dat zij niet van toepassing zou zijn op klachten voor zover deze betrekking zouden hebben op het vergoeden van geleden schade.

Ter toelichting op artikel 28, derde lid, Wcz werd in de Memorie van Toelichting het volgende opgemerkt: 'Dit lid schept de mogelijkheid voor de zorgaanbieder om claims van cliënten tot vergoeding van geleden schade desgewenst langs een andere weg te behandelen dan langs de weg van de klachtenregeling. Hierbij wordt in eerste instantie gedacht aan gevallen waarin (medische) aansprakelijkheid voor door de cliënt geleden schade een rol kan spelen. Veelal zal de zorgaanbieder, al dan niet na overleg met zijn schadeverzekeraar, dergelijke claims langs andere weg willen afhandelen, met name wanneer de schadeclaim een hoog bedrag betreft. Het kan ook aangewezen zijn indien het gaat om een klacht over de onzorgvuldigheid waarmee met spullen van de cliënt is omgegaan, waarbij de cliënt enerzijds vraagt om excuses of verbetering van procedures, maar tegelijk ook aangeeft dat hij de schade vergoed wil hebben. Overigens staat het uitsluiten van toepasselijkheid van de klachtenregeling voor vergoeding van geleden schade niet in de weg aan het desalniettemin toekennen van een vergoeding aan de klager ter goedmaking van ondervonden leed of

378 Zie voor kritiek op dit punt W.R. Kastelein, 'Klachten- en geschillenbehandeling in de Wcz: van de drup in de regen oftewel het kind en het badwater', *TvGr* 2010, nr. 8, p. 616-623.

materiële schade ingeval de zorgaanbieder tot de conclusie komt dat de klager terecht heeft geklaagd.³⁷⁹

De zorgaanbieder die niet behoort tot de zorgaanbieders, bedoeld in het voorgestelde artikel 31 Wcz (het artikel zou betrekking hebben op zorgaanbieders die in de regel door meer dan tien personen zorg zouden doen verlenen als omschreven bij of krachtens de AWBZ, dan wel andere zorg voor zover die verblijf van de cliënt in een accommodatie gedurende het etmaal met zich zou brengen), zou de regeling – alsmede een wijziging daarvan – moeten vaststellen in overeenstemming met een representatief te achten organisatie van cliënten, aldus artikel 28, vierde lid, Wcz. De zorgaanbieder zou de regeling op een daarvoor geschikte wijze onder de aandacht van de cliënten moeten brengen, aldus artikel 28, vijfde lid, Wcz.

Met artikel 29, eerste lid, Wcz ten tweede werd beoogd een procedure bij een onafhankelijke *geschilleninstantie* in te voeren. De huidige Geschillencommissie Zorginstellingen zou in deze nieuwe instantie moeten opgaan.³⁸⁰ De nieuwe geschilleninstantie zou als een soort hoger beroep instantie fungeren wanneer een zorgaanbieder naar het oordeel van de cliënt (of naar het oordeel van een nabestaande of wettelijk vertegenwoordiger³⁸¹) tekort zou zijn geschoten bij de klachtbehandeling (niet tijdige behandeling of onjuiste behandeling³⁸²).³⁸³ Ingevolge artikel 29, eerste lid, Wcz werd dan ook bepaald dat de zorgaanbieder moest zijn aangesloten bij een – door één of meer representatief te achten cliëntenorganisaties en door één of meer representatief te achten organisaties van zorgaanbieders ingestelde – geschilleninstantie, die tot taak heeft geschillen over gedragingen van een zorgaanbieder jegens een cliënt in het kader van de zorgverlening, te beslechten. De uitoefening van de werkzaamheden moest zijn neergelegd in een schriftelijke regeling en diende een aantal waarborgen te behelzen, verwoord in artikel 29, tweede lid, Wcz.

De geschilleninstantie zou volgens het wetsvoorstel echter ook direct kunnen benaderd, namelijk in die gevallen waarin de zorgaanbieder geen klachtenregeling zou hebben getroffen, of van de cliënt in redelijkheid niet zou kunnen worden verlangd dat hij onder de gegeven omstandigheden van het geval een klacht bij de zorgaanbieder zou indienen. Een voorbeeld betreft de omstandigheid dat de klacht zou zien op seksuele intimidatie.

379 Kamerstukken II 2009/10, 32402, nr. 3, p. 131 (MvT).

380 Kamerstukken II 2009/10, 32402, nr. 3, p. 57 (MvT).

381 Kamerstukken II 2009/10, 32402, nr. 3, p. 129-130 (MvT).

382 Kamerstukken II 2009/10, 32402, nr. 3, p. 132-133 (MvT).

383 Zie voor kritiek op dit punt W.R. Kastelein, 'Klachten- en geschillenbehandeling in de Wcz: van de drup in de regen oftewel het kind en het badwater', *TvGr* 2010, nr. 8, p. 616-623.

Volgens de Memorie van Toelichting zou de geschilleninstantie zelf moeten beoordelen of deze zogenaamde 'hardheidsclausule' op een klacht van toepassing zou zijn. Indien de geschilleninstantie van oordeel zou zijn dat de hardheidsclausule niet van toepassing is, dan zou de cliënt niet ontvankelijk worden verklaard, en alsnog worden verwezen naar de instantie voor klachtbehandeling van de zorgaanbieder.³⁸⁴

De geschilleninstantie zou voorts direct kunnen worden benaderd in het geval de cliënt schade zou hebben geleden, althans zo leek de regeling te kunnen worden uitgelegd (klip en klaar was de directe toegang echter niet). In het wetsvoorstel werd met het oog daarop aan de geschilleninstantie de bevoegdheid gegeven om een vergoeding toe te kennen van maximaal € 10.000 dat geleidelijk zou worden opgehoogd tot maximaal € 25.000, aldus artikel 29, tweede lid, onder c, Wcz in samenhang gelezen met artikel 90 Wcz.

Rechtstreekse toegang tot de geschilleninstantie zou ook open staan voor stichtingen en verenigingen met volledige rechtsbevoegdheid, mits daarbij een belang in het geding zou zijn dat de desbetreffende rechtspersoon volgens haar statuten behartigt, aldus artikel 29, tweede lid, onder b, Wcz. Deze mogelijkheid tot collectieve actie zou bijvoorbeeld kunnen worden benut wanneer de zorgaanbieder die een instelling in stand houdt, geen regeling inzake klachtenbehandeling zou hebben vastgesteld.³⁸⁵

De geschilleninstantie zou uitspraken moeten doen in de vorm van een bindend advies, waaraan partijen gebonden zouden zijn, aldus artikel 29, tweede lid, onder c, Wcz (onduidelijk was overigens wat een bindend advies zou inhouden, zo er geen schadevergoeding zou worden toegekend). Partijen zouden weliswaar daarna naar de civiele rechter kunnen stappen, maar deze zou de uitspraak van de geschilleninstantie slechts marginaal kunnen toetsen,³⁸⁶ en alleen vernietigen, indien het in stand blijven ervan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn, bijvoorbeeld bij het niet naleven van het beginsel van hoor- en wederhoor.³⁸⁷

Artikel 29, derde lid, Wcz bepaalde voorts dat nadere regels zouden kunnen worden gesteld aan de geschilleninstantie teneinde de deskundigheid inzake de militaire gezondheidszorg te waarborgen en artikel 29, vierde lid, Wcz tot slot bepaalde dat de zorgaanbieder de

384 Kamerstukken II 2009/10, 32402, nr. 3, p. 56 (MvT).

385 De collectieve actie is geregeld in artikel 3:305a BW. Zie verder Kamerstukken II 2009/10, 32402, nr. 3, p. 133 (MvT).

386 Kamerstukken II 2009/10, 32402, nr. 3, p. 57 en 132 (MvT).

387 Kamerstukken II 2009/10, 32402, nr. 3, p. 57 (MvT).

mogelijkheid om geschillen aan de instantie voor te leggen – alsmede een wijziging daarin – op daarvoor geschikte wijze onder de aandacht van de cliënten diende te brengen.

Het laatste artikel van de voorgestelde klachtprocedure zou artikel 30 Wcz zijn. Hierin werd bepaald dat een ieder die betrokken is bij de uitvoering van hoofdstuk 4 en daarbij de beschikking krijgt over gegevens waarvan hij het vertrouwelijke karakter kent of redelijkerwijs moet vermoeden, en voor wie niet reeds uit hoofde van ambt, beroep of wettelijk voorschrift ter zake van die gegevens een geheimhoudingsplicht geldt, verplicht zou zijn tot geheimhouding van die gegevens, behoudens voor zover enig wettelijk voorschrift hem tot bekendmaking zou verplichten of uit zijn taak de noodzaak tot bekendmaking zou voortvloeien.

Inmiddels is duidelijk dat het wetsvoorstel Wcz wordt opgevolgd door het wetsvoorstel Wet kkgz, dat voor een groot deel ziet op de klachten- en geschillenafhandeling.³⁸⁸ De klachten- en geschillenregeling is vervat in hoofdstuk 3 Wet kkgz ‘Effectieve en laagdrempelige klachten- en geschillenbehandeling’. Hoewel verwacht werd dat de regeling nagenoeg gelijklopend zou zijn, blijkt zij toch van een enigszins andere opzet.³⁸⁹

Artikel 28 Wcz ten eerste, is vervangen door de artikelen 13 tot en met 17 Wet kkgz. De kern is vervat in artikel 13, eerste lid, Wet kkgz: de zorgaanbieder treft, rekening houdende met de aard van de zorg en de categorie van cliënten waaraan zorg wordt verleend, schriftelijk een regeling voor een effectieve en laagdrempelige opvang en afhandeling van hem betreffende klachten, die voldoet aan het bepaalde in paragraaf 1 van hoofdstuk 3. De regeling moet rekening houden met de aard van de zorg en de categorie van cliënten. De voorschriften voor die regeling zijn uitgewerkt in de opvolgende artikelen. Deze voorschriften zijn nagenoeg gelijklopend aan die van artikel 28 Wcz. Zo moet de zorgaanbieder bijvoorbeeld binnen zes weken een schriftelijk oordeel over de klacht geven, kan deze termijn worden verlengd met vier weken (artikel 17 Wet kkgz) en kunnen klachten worden ingediend door de patiënt, dienst (wettelijk) vertegenwoordiger of een nabestaande (artikel 14 Wet kkgz). Nieuw is dat de behandeling van de klacht gericht is op ‘het bereiken van een voor de klager en de zorgaanbieder bevredigende oplossing’ (artikel 16, tweede lid, Wet kkgz). Voorheen was het criterium ‘het voorkomen van geschillen’ (artikel 28, tweede lid, sub Wcz). Voorts is van belang dat, anders dan in artikel 28, derde lid, Wcz was bepaald, niet langer expliciet is opgenomen dat de zorgaanbieder vorderingen tot schadevergoeding

388 Zie Kamerstukken I 2012/13, 32402, nr. A (Brief van de Minister van VWS) evenals Kamerstukken II 2012/13, 32402, nr. 11 (Brief van de Minister van VWS).

389 Zie voor een toelichting en kritiek J. Legemaate, ‘Nieuwe wetgeving over het klachtrecht: winst of verlies?’, *TvGr* 2013, nr. 5, p. 449-456.

kan afhandelen buiten de klachtenprocedure om. Desalniettemin wordt onder 'klacht' zowel een 'zuivere klacht' als ook een vordering tot schadevergoeding (claim) verstaan.

In de toelichting is daarover het volgende opgemerkt: 'Het ligt in de rede dat de zorgaanbieder, al dan niet na overleg met zijn schadeverzekeraar, dergelijke claims langs andere weg afhandelt, met name wanneer de schadeclaim een hoog bedrag betreft. Als er wel sprake is van een klacht (bijv. over de onzorgvuldigheid waarmee met spullen van de cliënt is omgegaan), waarbij de cliënt enerzijds vraagt om excuses of verbetering van procedures, maar tegelijk ook aangeeft dat hij de schade vergoed wil hebben, is behandeling van de klacht overeenkomstig de te treffen regeling wel noodzakelijk.'³⁹⁰

Artikel 29 Wcz ten tweede, is vervangen door de artikelen 18 tot en met 22 Wet kkgz. De kern is vervat in artikel 18, eerste lid, Wet kkgz: de zorgaanbieder is aangesloten bij een geschilleninstantie, die voldoet aan het bepaalde in paragraaf 2 van hoofdstuk 3. Ingevolge artikel 19 Wet kkgz heeft de geschilleninstantie tot taak (kosteloos, behouden eigen kosten van rechtsbijstand) geschillen over gedragingen van een zorgaanbieder jegens een cliënt in het kader van de zorgverlening te beslechten. Ingevolge artikel 20, eerste lid Wet kkgz is de geschilleninstantie bevoegd binnen zes maanden (deze termijn is nieuw) over een geschil een uitspraak te doen bij wege van bindend advies (nog steeds is onduidelijk wat dit dan precies inhoudt), alsmede een vergoeding van geleden schade toe te kennen tot in elk geval € 10.000. Het tweede lid bepaalt vervolgens dat bij algemene maatregel van bestuur het in de eerste volzin genoemde bedrag kan worden vervangen door een bedrag van ten hoogste € 25.000, een wijziging dus ten opzichte van de Wcz, maar niet inhoudelijk.

Wel een inhoudelijke wijziging, of wellicht alleen een verduidelijking, betreft de vraag onder welke voorwaarden geschillen aan de geschilleninstantie kunnen worden voorgelegd. Ingevolge artikel 21, eerste lid, Wet kkgz kan een geschil met een zorgaanbieder schriftelijk ter beslechting aan de geschilleninstantie worden voorgelegd door een cliënt, een nabestaande van een overleden cliënt dan wel een vertegenwoordiger van de cliënt, indien: a. is gehandeld in strijd met §1 (bijvoorbeeld door geen klachtenregeling vast te stellen of door te laat op de klacht te reageren); b. de mededeling, bedoeld in 17, eerste lid, diens klacht naar zijn oordeel in onvoldoende mate wegneemt (dus wanneer de klager niet tevreden is over de schriftelijke reactie van de zorgaanbieder op de klacht); c. van hem in redelijkheid niet kan worden verlangd dat hij onder de gegeven omstandigheden zijn klacht over een hem betreffende gedraging van de zorgaanbieder in het kader van de zorgverlening bij de zorgaanbieder indient. Alleen in het geval onder c dus kan de cliënt zich rechtstreeks tot

390 Toelichting (onopgemaakt) bij Kamerstukken II 2012/13, 32402, nr. 12 (Derde Nota van wijziging), p. 7.

de geschilleninstantie wenden. Dat betekent dat in geval van een vordering tot schadevergoeding de cliënt zich ook eerst tot de zorgaanbieder moet wenden en niet, zoals met de Wcz de bedoeling leek te zijn, direct naar de geschilleninstantie kan.

Artikel 30 Wcz tot slot, is vervangen door artikel 23 Wet kkgz.

10.3.2 *Aansprakelijkheid voor arbeidsgerelateerde schade*

10.3.2.1 **Het wettelijk kader inzake aansprakelijkheid voor arbeidsgerelateerde schade**

De eerste belangrijke groep van ‘andere’ slachtoffers waarmee de patiënt kan worden verleken, betreft de slachtoffers van arbeidsongevallen en/of beroepsziekten. Onder ‘arbeidsongevallen’ worden over het algemeen verstaan plotselinge gebeurtenissen tijdens de werkzaamheden waardoor de werknemer gezondheidsschade oploopt,³⁹¹ zoals het verlies van een hand bij het gebruik van een machine.³⁹² Van een ‘beroepsziekte’ wordt over het algemeen gesproken als de werknemer tijdens de werkzaamheden gedurende een langere periode wordt blootgesteld aan gevaarlijke stoffen of aan fysieke of psychische overbelasting.³⁹³ Een bekend voorbeeld is mesothelioom als gevolg van een langdurige blootstelling aan asbest.³⁹⁴ Gezondheidsschade van de werknemer kan zich zowel fysiek als psychisch uiten en wordt in dit onderzoek verder geduid als ‘arbeidsgerelateerde schade’.³⁹⁵

Uit onderzoek blijkt dat in 2009 naar schatting 218.000 werknemers te maken had met een arbeidsongeval met lichamelijk of geestelijk letsel met minimaal één dag verzuim. Ongeveer 4.300 arbeidsongevallen hebben tot een ziekenhuisopname geleid. Er werden 85 arbeidsongevallen met dodelijke afloop geregistreerd.³⁹⁶ In 2010 betrof het aantal werknemers dat met een arbeidsongeval te

391 Zie voor de definiëring en voorbeelden ook S.D. Lindenbergh, *Arbeidsongevallen en beroepsziekten*, Monografieën Privaatrecht 13, Deventer: Kluwer 2009, p. 1 en 32-33.

392 Zie bijvoorbeeld HR 11 november 2005, *NJ* 2008, 460.

393 Zie voor de definiëring en voorbeelden ook S.D. Lindenbergh, *Arbeidsongevallen en beroepsziekten*, Monografieën Privaatrecht 13, Deventer: Kluwer 2009, p. 1 en 33-38. Zie voor voorbeelden van beroepsziekten ook Nederlands Centrum voor beroepsziekten en Coronel Instituut voor Arbeid en Gezondheid, *Beroepsziekten in cijfers*, 2010, 2011 en 2012.

394 Zie de vele ‘asbest-zaken’, waaronder HR 25 juni 1993, *NJ* 1993, 686, met nt. P.A. Stein.

395 Zie voor arbeidsgerelateerde schade ook S.D. Lindenbergh, *Arbeidsongevallen en beroepsziekten*, Monografieën Privaatrecht 13, Deventer: Kluwer 2009, p. 8 en 67-70. Er wordt wat de grondslag voor aansprakelijkheid betreft geen onderscheid gemaakt tussen fysieke en psychische schade, zie HR 11 maart 2005, *NJ* 2010, 309, met nt. T. Hartlief.

396 TNO, *Monitor arbeidsongevallen in Nederland*, 2009. Zie voorts over de cijfers over de periode 2003-2008 W.A. Eshuis e.a., *Werkgeverslasten in verband met arbeidsgerelateerde schade: bestuurlijke boetes en civielrechtelijke aansprakelijkheid*, Amsterdam: Hugo Sinzheimer Instituut 2011, p. 9 en R. Knegt e.a., *Verhaal*

maken had volgens onderzoek 224.000, waarvan een aantal van 3.800 in het ziekenhuis moest worden opgenomen. Er werden 75 arbeidsongevallen met een dodelijke afloop geregistreerd.³⁹⁷ Het aantal meldingen van beroepsziekten bij het (daarvoor aangewezen) Nederlands Centrum voor Beroepsziekten bleef in de periode 2000-2007 stabiel rond de 6.000 liggen. In 2008 was sprake van een lichte stijging: 6.952 meldingen. In 2009, 2010 en 2011 werden er 9.856 respectievelijk 6.367 en 6.989 meldingen van beroepsziekten geregistreerd,³⁹⁸ al wordt in een onderzoek van het Hugo Sinzheimer Instituut melding gemaakt van een vermoedelijke onderrapportage.³⁹⁹

Uit eerder onderzoek uit 1999 blijkt van een schatting van 300.000 tot 350.000 slachtoffers van arbeidsongevallen (met en zonder verzuim) per jaar. Het aantal slachtoffers van arbeidsongevallen met blijvend letsel werd op 21.000 geschat en het aantal dodelijke slachtoffers op 45. Deze schattingen zijn gebaseerd op gegevens uit de periode 1980-1994.⁴⁰⁰

Werknemers staan doorgaans in een contractuele rechtsverhouding tot hun werkgever: werkgevers en werknemers sluiten veelal een arbeidsovereenkomst als bedoeld in Boek 7, titel 10, BW.⁴⁰¹ De arbeidsovereenkomst brengt wederzijdse verplichtingen met zich. Verplichtingen vloeien voort uit Boek 7, titel 10, BW en voorts uit afspraken die de werkgever en de werknemer hebben gemaakt, uit collectieve arbeidsovereenkomsten (CAO's), uit (publiekrechtelijke) wettelijke bepalingen, zoals de Arbeidsomstandighedenwet,⁴⁰² en uit de redelijkheid en billijkheid.⁴⁰³

De omstandigheid dat de rechtsverhouding tussen de werkgever en de werknemer doorgaans door een arbeidsovereenkomst wordt beheerst, heeft tot gevolg dat de werknemer bij arbeidsgerelateerde schade rechten kan ontlenen aan die rechtsverhouding. Zo is in

van werkgerelateerde schade, Amsterdam: Hugo Sinzheimer Instituut 2012, p. 2. De onderzoekers van het Hugo Sinzheimer Instituut stellen het gemiddeld aantal arbeidsongevallen per jaar op 222.000.

397 TNO, Monitor arbeidsongevallen in Nederland, 2010.

398 Nederlands Centrum voor beroepsziekten en Coronel Instituut voor Arbeid en Gezondheid, Beroepsziekten in cijfers, 2010; Nederlands Centrum voor beroepsziekten en Coronel Instituut voor Arbeid en Gezondheid, Beroepsziekten in cijfers, 2011 en Nederlands Centrum voor beroepsziekten en Coronel Instituut voor Arbeid en Gezondheid, Beroepsziekten in cijfers, 2012.

399 W.A. Eshuis e.a., Werkgeverslasten in verband met arbeidsgerelateerde schade: bestuurlijke boetes en civielrechtelijke aansprakelijkheid, Amsterdam: Hugo Sinzheimer Instituut 2011, p. 13.

400 W.C.T. Weterings, Vergoeding van letselschade en transactiekosten: Een kwalitatieve en kwantitatieve analyse, Deventer: Tjeenk Willink 1999, p. 18.

401 De definitie van een arbeidsovereenkomst staat in artikel 7:610 BW.

402 Wet van 18 maart 1999, Stb. 1999, 184.

403 Ingevolge artikel 6:248, eerste lid, BW.

artikel 7:629 BW bepaald dat de werknemer bij ziekte gedurende een bepaald tijdvak recht heeft op doorbetaling van (een deel van) zijn loon. Uit artikel 7:658a BW blijkt van een re-integratieverplichting.

Voorts brengt een schending door de werkgever van de *zorgplicht* die hij uit hoofde van de arbeidsovereenkomst heeft, met zich dat de werknemer recht heeft op vergoeding van al zijn daardoor geleden schade. Dit volgt in het bijzonder uit artikel 7:658, tweede lid, BW. Het artikel bepaalt immers dat de werkgever jegens de werknemer aansprakelijk is voor de schade die de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden lijdt, tenzij hij aantoont dat hij de in lid 1 genoemde verplichtingen is nagekomen of dat de schade in belangrijke mate het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer.

In artikel 7:658, eerste lid, BW is de zorgplicht nader omschreven en is bepaald dat de werkgever verplicht is de lokalen, werktuigen en gereedschappen waarin of waarmee hij de arbeid doet verrichten, op zodanige wijze in te richten en te onderhouden alsmede voor het verrichten van de arbeid zodanige maatregelen te treffen en aanwijzingen te verstrekken als redelijkerwijs nodig is om te voorkomen dat de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt.⁴⁰⁴ Deze zorgvuldigheidsnorm wordt nader ingevuld door publiekrechtelijke regelgeving zoals de Arbeidsomstandighedenwet,⁴⁰⁵ en de Arbeidstijdenwet,⁴⁰⁶ door Europeesrechtelijke richtlijnen, zoals (Kader)richtlijn 89/391/EEG betreffende de tenuitvoerlegging van maatregelen ter bevordering van de verbetering van de veiligheid en de gezondheid van de werknemers op het werk,⁴⁰⁷ en Richtlijn 89/654/EEG betreffende minimumvoorschriften inzake veiligheid en gezondheid voor arbeidsplaatsen,⁴⁰⁸ door verschillende CAO's, door ongeschreven recht,⁴⁰⁹ en tot slot door uitspraken van de civiele rechter.

Betoogd kan worden dat reeds de schending van de zorgplicht van artikel 7:658, eerste lid, BW in samenhang gelezen met artikel 6:74 BW een verplichting tot schadevergoeding met zich brengt al wordt in de literatuur opgemerkt dat het

404 Artikel 7:658 BW is op 1 april 1997 in werking getreden, Stb. 1997, 37.

405 Wet van 18 maart 1999, Stb. 1999, 184. De wet is uitgewerkt in het Besluit van 15 januari 1997, houdende regels in het belang van de veiligheid, de gezondheid en het welzijn in verband met de arbeid (Arbeidsomstandighedenbesluit) Stb. 1997, 60 en de Regeling houdende bepalingen ter uitvoering van bij en krachtens de Arbeidsomstandighedenwet en enige andere wetten gestelde regels (Arbeidsomstandighedenregeling).

406 Wet van 23 november 1995, Stb. 1995, 598.

407 PbEG L 183 van 29 juni 1989.

408 PbEG L 393 van 30 december 1989.

409 Zie nader over ongeschreven recht S.D. Lindenberg, *Arbeidsongevallen en beroepsziekten*, Monografieën Privaatrecht 13, Deventer: Kluwer 2009, p. 5-54.

eerste lid strikt genomen geen verbintenis behelst. Desalniettemin wordt artikel 6:74 BW doorgaans onverkort toegepast.⁴¹⁰

De zorgplicht van de werkgever vloeit evenzeer voort uit artikel 7:611 BW. In artikel 7:611 BW is bepaald dat de werkgever en de werknemer verplicht zijn zich als goed werkgever en goed werknemer te gedragen. Schending van deze verplichting door de werkgever brengt voor de werknemer een recht op schadevergoeding met zich, al blijkt in de praktijk schending van artikel 7:611 BW (slechts) als aanvulling te worden ingeroepen, zulks mede in verband met het feit dat artikel 7:658 BW als invulling van artikel 7:611 BW wordt beschouwd en artikel 7:658 BW een gunstiger bewijsregime met zich brengt, waarop hieronder nog nader wordt ingegaan.⁴¹¹

De wijze waarop de zorgplicht is geformuleerd is streng, maar niet zonder reden. De ratio moet worden gezocht in de omstandigheid dat de werknemer in een van de werkgever afhankelijk positie verkeert en beschermd moet worden ten opzichte van de werkgever. De werkgever bepaalt immers de werkomstandigheden en is in financieel economische zin veelal een sterkere partij.⁴¹² Daarentegen beoogt artikel 7:658 BW geen absolute waarborg voor de veiligheid van de werknemer met zich te brengen. De werkgever moet doen wat *redelijkerwijs* van hem kan worden gevergd.⁴¹³ Een oordeel daarover hangt af van de kennis die de werkgever zou moeten hebben, gegeven de stand van de wetenschap en de techniek (*state of the art*) en het kennisniveau in de desbetreffende branche (*state of the industry*).⁴¹⁴ Op de werkgever rust in dat verband een onderzoeksplicht.⁴¹⁵

410 Zie nader S.D. Lindenbergh, Arbeidsongevallen en beroepsziekten, Monografieën Privaatrecht 13, Deventer: Kluwer 2009, p. 18.

411 Zie voor een uitwerking van de betekenis van artikel 7:611 BW en van aansprakelijkheid op grond van schending van artikel 7:611 BW S.D. Lindenbergh, Arbeidsongevallen en beroepsziekten, Monografieën Privaatrecht 13, Deventer: Kluwer 2009, p. 93-114.

412 Zie HR 22 januari 1999, *NJ* 1999, 534, met nt. P.A. Stein; HR 17 december 2004, *NJ* 2006, 147, met nt. C.J.H. Brunner en HR 11 maart 2005, *NJ* 2010, 309, met nt. T. Hartlief. Zie voor een bespreking van de ratio ook L.E.M. Charlier, 'Het bewijs in beroepsziektEZaken (I)', *L&S* 2006, nr. 3, p. 5-20.

413 Vaste jurisprudentie van de Hoge Raad. Zie onder meer HR 1 februari 2008, *NJ* 2009, 330 en HR 12 december 2008, *NJ* 2009, 332.

414 HR 2 oktober 1998, *NJ* 1999, 683, met nt. J.B.M. Vranken. Zie nader S.D. Lindenbergh, Arbeidsongevallen en beroepsziekten, Monografieën Privaatrecht 13, Deventer: Kluwer 2009, p. 74-75 en L.E.M. Charlier, 'Het bewijs in beroepsziektEZaken (II)', *L&S* 2008, nr. 3, p. 5-22.

415 Zie bijvoorbeeld HR 29 april 1983, *NJ* 1984, 19 en HR 6 april 1990, *NJ* 1990, 573, met nt. P.A. Stein. De verplichting om een risico-inventarisatie en evaluatie te verrichten volgt voorts uit artikel 5 van de Arbeidsomstandighedenwet. Zie nader over de zorgplicht en hetgeen in dat kader van de werkgever wordt verlangd S.D. Lindenbergh, Arbeidsongevallen en beroepsziekten, Monografieën Privaatrecht 13, Deventer: Kluwer 2009, p. 54-70 en L.E.M. Charlier, 'De bewijslast in beroepsziektEZaken onder de loep', *L&S* 2010, nr. 3, p. 4-11.

Uit de jurisprudentie van de Hoge Raad volgt dat de werkgever moet aantonen wat in de gegeven periode gebruikelijk was in zijn bedrijfstak.⁴¹⁶ Het gebruik alleen is evenwel niet beslissend voor de te hanteren zorgvuldigheidsnorm en de aansprakelijkheid van de werkgever.⁴¹⁷

Wat de bewijslastverdeling betreft, wordt opgemerkt dat het tweede lid van artikel 7:658 BW niet alleen bepaalt dat schending van de in het eerste lid omschreven zorgplicht tot aansprakelijkheid van de werkgever leidt, maar (daarmee) ook de volgorde van het bewijsdebat bepaalt.⁴¹⁸ De werknemer die schade heeft ondervonden ten eerste dient ingevolge de hoofdregel van artikel 150 Rv te stellen en, bij betwisting, te bewijzen dat hij in een arbeidsrechtelijke verhouding tot de werkgever stond. Voorts dient hij ingevolge de hoofdregel van artikel 150 Rv te stellen en, bij *voldoende gemotiveerde betwisting* door de werkgever – het is aan de werkgever om in het kader van de motivering van de stelling(en) van de werknemer de omstandigheden aan te voeren die in zijn sfeer liggen: er geldt voor hem een verzwaarde motiveringsplicht⁴¹⁹ –, te bewijzen dat hij in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade heeft geleden, oftewel dat er een causaal verband bestaat tussen zijn schade en het door hem verrichte werk. Slaagt de werknemer hierin, dan zal de werknemer zijn schade kunnen verhalen op de werkgever. De werkgever kan zich op zijn beurt van aansprakelijkheid bevrijden, door aan te tonen dat hij zijn zorgplicht is nagekomen of dat sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer (als mede) oorzaak van de schade.⁴²⁰ De bewijslastverdeling wijkt dus af van de reguliere regel waarin de partij die schadevergoeding verlangt, de tekortkoming of onrechtmatige daad van de ander moet aantonen. Het bewijsrisico rust niet op de werknemer, maar op de werkgever, die zal moeten onderzoeken wat de toedracht is geweest, welke normen hadden moeten worden nageleefd en welke veiligheidsmaatregelen hadden moeten worden getroffen. Onduidelijkheid komt voor risico van de werkgever.⁴²¹

In het kader van het onderzoek naar de toedracht is van belang dat ingevolge artikel 9, eerste lid, Arbeidsomstandighedenwet op de werkgever de plicht rust om arbeidsongevallen met ernstig letsel of de dood tot gevolg aan de Arbeids-

416 HR 6 april 1990, NJ 1990, 573, met nt. P.A. Stein.

417 HR 2 oktober 1998, NJ 1999, 683, met nt. J.B.M. Vranken.

418 Zie ook S.D. Lindenbergh, Arbeidsongevallen en beroepsziekten, Monografieën Privaatrecht 13, Deventer: Kluwer 2009, p. 16 en 30.

419 Zie bijvoorbeeld HR 25 juni 1982, NJ 1983, 151, met nt. P.A. Stein; HR 6 april 1990, NJ 1990, 573, met nt. P.A. Stein en HR 2 oktober 1999, NJ 1999, 683, met nt. J.B.M. Vranken.

420 Zie ook S.D. Lindenbergh, Arbeidsongevallen en beroepsziekten, Monografieën Privaatrecht 13, Deventer: Kluwer 2009, p. 30 en L.E.M. Charlier, 'De bewijslast in beroepsziektezaken onder de loep', *L&S* 2010, nr. 3, p. 4-11.

421 Zie bijvoorbeeld HR 10 december 1999, NJ 2000, 211, met nt. P.A. Stein.

inspectie te melden. Ingevolge artikel 9, derde lid, Arbeidsomstandighedenwet dienen ook beroepsziekten te worden gemeld.

Eveneens afwijkend is de regeling ter zake 'eigen schuld' van de werknemer. Het verweer dat de werkgever te dien aanzien kan inroepen, is beperkt tot opzet of grove roekeloosheid aan de zijde van de werknemer. Van 'opzet' is alleen sprake wanneer de werknemer willens en wetens de mogelijkheid van schade heeft aanvaard. Van 'grove roekeloosheid' is alleen sprake wanneer de werknemer zich tijdens het verrichten van zijn onmiddellijk aan het ongeval voorafgaande gedraging van het roekeloze karakter van die gedraging daadwerkelijk bewust is geweest.⁴²²

In de voor de werknemer gunstige bewijsrechtelijke regel en de hoge drempel voor het aannemen van eigen schuld komt, evenzeer als in de formulering van de zorgplicht zelf, de beschermingsgedachte tot uitdrukking; zij brengen met zich dat het voor de werknemer met arbeidsgerelateerde schade betrekkelijk eenvoudig is om zijn schade te verhalen op de werkgever.

Verhaal van schade kan desalniettemin lastig(er) zijn, wanneer niet zonder meer duidelijk is dat de schade van de werknemer is geleden in de uitoefening van zijn werkzaamheden. Met name bij beroepsziekten wordt die bewijslast bemoeilijkt door de omstandigheid dat dergelijke ziekten veelal geleidelijk ontstaan – een relatie met een bepaald incident is dan niet evident – en dat sommige aandoeningen, zoals overbelasting, ook niet arbeidsgerelateerd kunnen zijn. Toch wordt ook dan de werknemer in zekere mate geholpen bij het leveren van het bewijs dat hij schade heeft geleden in de uitoefening van zijn werkzaamheden. In zo een situatie zal de werknemer (eventueel met behulp van een deskundigenbericht) moeten stellen en, bij voldoende betwisting door de werkgever, moeten bewijzen dat hij tijdens het verrichten van zijn werkzaamheden (feitelijk) is blootgesteld aan risico's voor de gezondheid, die zijn gezondheidsklachten *kunnen* (er moet op dat punt een voldoende mate van zekerheid bestaan)⁴²³ veroorzaken.⁴²⁴ De werknemer hoeft dus niet te bewijzen dat zijn gezondheidsklachten *zijn* veroorzaakt door de blootstelling aan risico's, noch hoeft

422 HR 20 september 1996, NJ 1997, 198, met nt. P.A. Stein en HR 11 september 1998, NJ 1998, 870.

423 HR 7 juni 2013, L/JN BZ1717 en HR 7 juni 2013, L/JN BZ1721.

424 HR 17 november 2000, NJ 2001, 596, met nt. W.D.H. Asser; HR 26 januari 2001, NJ 2001, 597; HR 27 februari 2006, L/JN AU6927; HR 31 maart 2006, NJ 2011, 250, met nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai; HR 23 juni 2006, NJ 2006, 354; Gerechtshof's-Gravenhage 18 augustus 2006, L/JN AY8791; Gerechtshof's-Gravenhage 17 juli 2008, L&S 2008, 173 en Gerechtshof's-Gravenhage 20 juli 2010, L/JN BN4195. Zie voor een bespreking van de arresten en de implicaties voor het bewijs uitvoerig L.E.M. L.E.M. Charlier, 'Het bewijs in beroepsziektzaken (I)', L&S 2006, nr. 3, p. 5-20; L.E.M. Charlier, 'Het bewijs in beroepsziektzaken (II)', L&S 2008, nr. 3, p. 5-22 en L.E.M. Charlier, 'De bewijslast in beroepsziektzaken onder de loep', L&S 2010, nr. 3, p. 4-11. Zie voor een bespreking ook de conclusie van A-G Langemeijer bij HR 16 mei 2008, JA 2008, 122, met nt. E.M. Hoogeveen.

de diagnose betreffende de klachten vast te staan.⁴²⁵ Het bewijs van het verband met de werkzaamheden wordt vervolgens aangenomen, indien de werknemer is blootgesteld aan de risico's en de werkgever heeft nagelaten de maatregelen te treffen die redelijkerwijs nodig zijn om te voorkomen dat de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt (hij is er niet in geslaagd te bewijzen dat hij zijn zorgplicht is nagekomen).⁴²⁶ De werkgever mag deze aanname ontzenuwen (tegenbewijs leveren), hetgeen er op neer zal komen dat de werkgever moet aantonen dat de klachten van de werknemer ook zouden zijn ontstaan als hij wel aan zijn zorgplicht zou hebben voldaan.⁴²⁷ Slaagt de werknemer er niet in het verband tussen de werkzaamheden en zijn schade te bewijzen, dan biedt eventueel nog de benadering van de proportionele aansprakelijkheid uitkomst.⁴²⁸

De bepalingen van artikel 7:658, eerste en tweede lid, BW zijn van dwingend recht; van de bepaling kan niet nadele van de werknemer worden afgeweken. Voorts geldt de zorgplicht en de aansprakelijkheid voor in de uitoefening van de werkzaamheden geleden schade ingevolge artikel 7:658, vierde lid, BW ook in de verhouding tussen de werkgever en personen die op een andere basis dan een arbeidsovereenkomst voor de werkgever werkzaam zijn.⁴²⁹

De zorgplicht en de afwijkende bewijslastverdeling geldt niet rechtstreeks voor (onder meer) ambtenaren, hetgeen volgt uit artikel 7:615 BW. Desalniettemin wordt ingevolge jurisprudentie van Centrale Raad van Beroep de aansprakelijkheid van de overheid voor schade van haar ambtenaren naar de maatstaven van artikel 7:658 BW beoordeeld.⁴³⁰

Naast de schending van de verplichting uit artikel 7:658 BW kan ook de onrechtmatige daad als grondslag voor een recht op schadevergoeding door de werknemer worden inge-

425 Dit volgt uit lagere rechtspraak: Gerechtshof Leeuwarden 24 oktober 2007, *LJN* BI6166; Gerechtshof 's-Hertogenbosch 1 april 2008, *LJN* BC8292 en Gerechtshof 's-Hertogenbosch 29 juni 2010, *LJN* BN0074.

426 HR 17 november 2000, *NJ* 2001, 596, met nt. W.D.H. Asser en HR 23 juni 2006, *NJ* 2006, 354. Zie voor een bespreking van het arrest en de implicaties voor het bewijs uitvoerig L.E.M. Charlier, 'Het bewijs in beroepsziektezaken (I)', *L&S* 2006, nr. 3, p. 5-20.

427 HR 25 juni 1993, *NJ* 1993, 686, met nt. P.A. Stein; HR 2 oktober 1998, *NJ* 1999, 683, met nt. J.B.M. Vranken; HR 27 april 2007, *LJN* AZ6717; HR 9 januari 2009, *JAR* 2009, 38; Gerechtshof Amsterdam 14 december 2006, *L&S* 2007, 66 en Gerechtshof 's-Gravenhage 20 juli 2010, *LJN* BN4195. Zie voor een bespreking van het tegenbewijs van de werkgever ook T. Hartlief, 'Wat kan art. 7:658 BW betekenen voor werknemers met RSI?', *NTBR* 2002/1, p. 2-6 en L.E.M. Charlier, 'Het bewijs in beroepsziektezaken (II)', *L&S* 2008, nr. 3, p. 5-22.

428 Zie hoofdstuk 6, par. 6.3.5 en meer in het bijzonder HR 31 maart 2006, *NJ* 2011, 250, met nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai.

429 Zie uitvoeriger over artikel 7:658, vierde lid, BW S.D. Lindenbergh, *Arbeidsongevallen en beroepsziekten*, Monografieën Privaatrecht 13, Deventer: Kluwer 2009, p. 84-87.

430 Zie bijvoorbeeld CRvB 22 juni 2000, *LJN* AB0072.

roepen (artikel 6:162 BW).⁴³¹ Artikel 7:658, derde lid, BW biedt die mogelijkheid door te bepalen dat van Boek 6, titel 3, BW niet ten nadele van de werknemer kan worden afgeweken.⁴³² De onrechtmatige daad zal in de praktijk vooral van zelfstandig belang zijn in die gevallen waarin tussen de werkgever en de werknemer geen arbeidsovereenkomst bestaat en evenmin een flexibele arbeidsverhouding als bedoeld in artikel 7:658, vierde lid, BW. Ook in dat laatste geval volgt aansprakelijkheid van de werkgever voor schade van de werknemer immers uit artikel 7:658 BW zelf. Beroept de werknemer zich op de grondslag van de onrechtmatige daad, dan geldt het gewone bewijsregime en dient de werknemer ingevolge de hoofdregel van artikel 150 Rv de onrechtmatigheid van het gedrag te stellen en te bewijzen, evenals het causaal verband tussen het onrechtmatige gedrag en zijn schade.

Een andere buitencontractuele grondslag wordt gevormd door de kwalitatieve aansprakelijkheden voor personen als bedoeld in artikel 6:170 BW, 6:171 BW en 6:172 BW, de kwalitatieve aansprakelijkheid voor zaken of stoffen als bedoeld 6:173 BW, 6:174 BW en 6:175 BW (eventueel in combinatie met artikel 6:181 BW) en de kwalitatieve aansprakelijkheid voor dieren als bedoeld in artikel 6:179 BW (eventueel in combinatie met artikel 6:181 BW).

10.3.2.2 Verhaal van schade in de arbeidspraktijk

Verhaal van schade in de arbeidspraktijk vindt zowel in- als buiten rechte plaats. Het buitengerechtelijk traject is de eerste fase en veelal ook de eindfase, omdat het tijdens de buitengerechtelijke onderhandelingen tot een schikking komt.⁴³³

Heeft de werknemer een arbeidsongeval doorgemaakt, dan ligt het in de lijn der verwachtingen dat de werknemer zich eerst persoonlijk tot de werkgever wendt; tussen de werkgever en de werknemer ligt immers een soms jarenlang durende relatie ten grondslag en de werkgever heeft ingevolge de arbeidsovereenkomst verplichtingen, zoals het doorbetalen

431 Zie ook S.D. Lindenbergh, Arbeidsongevallen en beroepsziekten, Monografieën Privaatrecht 13, Deventer: Kluwer 2009, p.11 en 15.

432 Zie voor de mogelijkheid van samenloop expliciet Kamerstukken II 1993/94, 23438, nr. 3, p. 40 (MvT) en Kamerstukken II 1994/95, 23438, nr. 5, p. 9 (MvA).

433 Het percentage gerechtelijke afdoeningen van letselschadezaken wordt geschat op 4 tot 4,9%: B.C.J. van Velthoven en M.J. ter Voert, Geschilbeslechtsingsdelta 2003, WODC, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 14 en B.C.J. van Velthoven en C.M. Klein Haarhuis, Geschilbeslechtsingsdelta 2009, WODC, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 82. Zie ook W.C.T. Weterings, Efficiëntere en effectievere afwikkeling van letselschadeclaims. Een studie naar schikkingsonderhandelingen in de letselschadepraktijk, normering en geschiloplossing door derden (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 26, die stelt dat 95-99% van de letselschadezaken buiten de rechter om worden afgedaan. Weterings stelt voorts dat geschilbeslechting door de rechter met name wordt gekozen in die gevallen waarin de aansprakelijkheid onzeker is, de wederpartij niet onderhandelingsgezind is, de eisende partij genoegdoening wenst en precedentwerking wordt nagestreefd, zie p. 41.

van (een deel van) het loon bij ziekte en de verplichting tot re-integratie van de werknemer. Daarnaast is het mogelijk dat ingevolge de CAO aanvullende betalingen worden gedaan op het gedeelde inkomen (CAO-compensatieregeling).⁴³⁴ Voorts is het mogelijk dat de werkgever een (*first party*) ongevallenverzekering heeft afgesloten die evenzeer als dekking voor de schade kan dienen.⁴³⁵

Voor verhaal van schade die niet kan worden gecompenseerd door een van de hiervoor genoemde middelen (bijvoorbeeld immateriële schade) vangt het verhaal van schade buiten rechte aan met een aansprakelijkstelling van de werkgever.⁴³⁶ Het is mogelijk dat de werknemer zich in dat geval laat bijstaan door een belangenbehartiger. De werknemer heeft de keuze of hij zich tot een advocaat wendt of tot een andere belangenbehartiger, bijvoorbeeld een letselschadebureau of een jurist van de rechtsbijstandverzekeraar. Tussen de werknemer die zich tot een belangenbehartiger wendt met het verzoek hem bij te staan en de belangenbehartiger die daarmee instemt, ontstaat een overeenkomst van opdracht, waarop de bepalingen van Boek 7, titel 7, afdeling 1, BW van toepassing zijn. De werknemer is zijn belangenbehartiger loon verschuldigd voor zijn werkzaamheden. Wordt rechtsbijstand verleend door een rechtsbijstandverzekeraar, dan ligt daaraan een verzekeringsovereenkomst als bedoeld in Boek 7, titel 17, afdeling 1, BW ten grondslag. Het loon wordt dan betaald uit de jaarlijkse premie.

Uit onderzoek van het Hugo Sinzheimer Instituut in opdracht van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid blijkt dat het aantal potentiële schadeclaims in verband met arbeidsongevallen geschat wordt op 20.000.⁴³⁷

Als criterium voor een potentiële claim is het aantal werknemers met een arbeidsongeval, letsel en langdurig (zes maanden of meer) verzuim genomen.⁴³⁸

434 Ze bijvoorbeeld de CAO 2012-2014 voor medewerkers van de politie.

435 Zie over de verzekering nader S.D. Lindenbergh, Arbeidsongevallen en beroepsziekten, Monografieën Privaatrecht 13, Deventer: Kluwer 2009, p.102-113.

436 Uit onderzoek van het Hugo Sinzheimer Instituut in opdracht van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid blijkt dat het merendeel van de getroffen werknemers geen vordering tot schadevergoeding indient, zie R. Knecht e.a., Verhaal van werkgerelateerde schade, Amsterdam: Hugo Sinzheimer Instituut 2012, p. 2.

437 Er is sprake van een potentiële schadeclaim indien: (1) een werknemer in de arbeid blijvend lichamelijk en/of geestelijk letsel oploopt, (2) dat financiële schade meebrengt voor die werknemer, (3) er een gereede kans bestaat op toewijzing van een eventuele vordering tot vergoeding van (een deel van) deze schade op basis van het aansprakelijkheidsrecht, en (4) de kosten van een juridische procedure opwegen tegen de verwachte opbrengsten. Zie W.A. Eshuis e.a., Werkgeverslasten in verband met arbeidsgelateerde schade: bestuurlijke boetes en civielrechtelijke aansprakelijkheid, Amsterdam: Hugo Sinzheimer Instituut 2011, p. 13. Zie ook R. Knecht e.a., Verhaal van werkgerelateerde schade, Amsterdam: Hugo Sinzheimer Instituut 2012, p. 2.

438 W.A. Eshuis e.a., Werkgeverslasten in verband met arbeidsgelateerde schade: bestuurlijke boetes en civielrechtelijke aansprakelijkheid, Amsterdam: Hugo Sinzheimer Instituut 2011, p. 13.

Het aantal potentiële beroepsziekteclaims is berekend op (maximaal) 4.500 per jaar.⁴³⁹ De cijfers ter zake arbeidsongevallen wijken af van onderzoek dat in 1999 werd verricht. Zoals beschreven schatte de onderzoeker het jaarlijks aantal slachtoffers van arbeidsongevallen (met en zonder verzuim) op 300.000 tot 350.000, het aantal slachtoffers van arbeidsongevallen met blijvend letsel op 21.000 en het aantal dodelijke slachtoffers op 45. Het aantal potentiële arbeidsongevallenclaims is vervolgens op 80% tot 90% van het totaal aantal ongevallen (met en zonder verzuim, met en zonder blijvend letsel of de dood) geschat. In absolute cijfers gaat het om 240.000 tot 315.000 potentiële vorderingen.⁴⁴⁰ Opgemerkt wordt dat de onderzoekers van verschillende criteria voor een potentiële claim uitgaan, hetgeen een (groot) deel van het verschil kan verklaren.

Is de werkgever voor het risico van aansprakelijkheid verzekerd – dit is geen verplichting –, dan zal hij de aansprakelijkstelling aan zijn aansprakelijkheidsverzekeraar doorsturen. De verzekeringsovereenkomst tussen de werkgever en de verzekeraar wordt geduid als een schadeverzekering waarop de artikelen 7:944 BW tot en met 7:963 BW van toepassing zijn.⁴⁴¹

Verschillende aansprakelijkheidsverzekeraars verzekeren het risico ter zake aansprakelijkheid voor arbeidsgelerateerde schade. De verzekeraars zijn door- gaans naamloze vennootschappen.

De aansprakelijkheidsverzekeraar zal op zijn beurt in onderhandeling treden met de (belangenbehartiger van de) werknemer teneinde tot een afwikkeling van de arbeidsgere- lateerde schade te komen. Zowel de belangenbehartiger als de aansprakelijkheidsverzekeraar maakt daarbij gebruik van de hulp van een medisch adviseur ter beoordeling van de medische gegevens. De kosten van de medisch adviseur komen voor rekening van de werknemer respectievelijk de aansprakelijkheidsverzekeraar.

Mogelijk is ook dat partijen of een van hen gebruikmaakt van de hulp van een deskun- dige, bijvoorbeeld een medisch deskundige om de medische gevolgen te duiden of een

439 W.A. Eshuis e.a., *Werkgeverslasten in verband met arbeidsgelerateerde schade: bestuurlijke boetes en civielrechtelijke aansprakelijkheid*, Amsterdam: Hugo Sinzheimer Instituut 2011, p. 41-43. Zie voor een overzicht in een tabel R. Knecht e.a., *Verhaal van werkgerelateerde schade*, Amsterdam: Hugo Sinzheimer Instituut 2012, p. 3.

440 W.C.T. Weterings, *Vergoeding van letselschade en transactiekosten: Een kwalitatieve en kwantitatieve analyse*, Deventer: Tjeenk Willink 1999, p. 18.

441 De verzekeringsovereenkomst is per 1 januari 2006 geregeld in, Boek 7, titel 17, BW: Wet van 22 december 2005 tot vaststelling van titel 7.17 (verzekering) en 7.18 (lijfrente) van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, Stb. 2005, 700, 701 en 702.

deskundige op het gebied van blootstelling aan risico's in de arbeidsomstandigheden. Degene die de opdracht verstrekt, betaalt het loon van de deskundige, tenzij daarover andere afspraken zijn gemaakt (als aansprakelijkheid vast staat bijvoorbeeld wordt in de regel het loon door de verzekeraar betaald, omdat de kosten deel uitmaken van de schade van de werknemer).

Wordt een vergoedingsplicht van de werkgever aangenomen, dan heeft de werknemer recht op een schadeloosstelling door de werkgever overeenkomstig de regels van Boek 6, titel 1, afdeling 10, BW. De werknemer heeft recht op vergoeding van vermogensschade, waaronder de redelijke kosten van rechtsbijstand en de kosten van een deskundige (artikel 6:95 BW en artikel 6:96 BW), en op vergoeding van ander nadeel, voor zover de wet dat toelaat (artikel 6:106 BW). Bij de werknemer betrokken personen komen voor een vergoeding in aanmerking, voor zover zij schade lijden die door artikel 6:107 BW en 6:108 BW wordt bestreken.

Is de werkgever verzekerd, dan wordt het bedrag ter zake de schadevergoeding doorgaans door de verzekeraar direct aan de werknemer uitgekeerd; de werknemer heeft ingevolge artikel 7:954 BW het recht om van de aansprakelijkheidsverzekeraar direct datgene te vorderen wat de werkgever in verband met de schade door dood of letsel van de werknemer van zijn verzekeraar heeft te vorderen, zij het alleen indien en voor zover de verzekeraar jegens de werkgever een uitkering verschuldigd is. Bij een akkoord over de te vergoeden schade worden de afspraken vastgelegd in een vaststellingsovereenkomst, als bedoeld in artikel 7:900 BW. Is de vaststellingsovereenkomst nagekomen, dan wordt het buitengerechtelijke traject afgesloten.

Komen partijen er buiten rechte niet uit, dan hebben de werkgever en de werknemer de mogelijkheid om hun geschil voor te leggen aan de deelgeschilrechter (artikel 1019w Rv-101cc Rv). Gaat het om arbeidsgerelateerde schade dan is ingevolge artikel 93 Rv de kantonrechter bevoegd. Biedt ook deze procedure geen soelaas dan resteert de gang naar de bodem(kanton)rechter. Deze gerechtelijke procedure brengt kosten met zich. De werknemer zal als eisende partij een griffierecht dienen te betalen.⁴⁴² Voorts zal hij kosten voor een advocaat moeten betalen, al is rechtsbijstand bij een procedure voor de kantonrechter niet verplicht. Heeft de kantonrechter te zijner voorlichting een deskundige nodig, dan dient de werknemer evenzeer het voorschot te betalen, tenzij bijvoorbeeld aansprakelijkheid is erkend. De bodemprocedure eindigt met een vonnis van de kantonrechter. Daarbij wordt een kostenveroordeling uitgesproken: de verliezende partij wordt in de kosten veroordeeld, zo volgt uit artikel 237, eerste lid, Rv. Opgemerkt wordt dat wanneer de werknemer wint,

442 Zie <www.rechtspraak.nl> voor de tarieven.

de kostenveroordeling doorgaans niet voldoende is om alle kosten van rechtsbijstand te dekken.

Mogelijk is ook dat de partijen ter comparitie een schikking bereiken. Deze schikking kan door de kantonrechter ingevolge artikel 88, derde lid, Rv in een proces-verbaal worden opgenomen dat door de werknemer en de werkgever kan worden ondertekend. Het proces-verbaal is daarmee een vaststellingsovereenkomst als bedoeld in artikel 7:900 BW.

Uit twee onderzoeken van het Hugo Sinzheimer Instituut in opdracht van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid blijkt dat het jaarlijks aantal ingediende arbeidsongevallenclaims gemiddeld 4.700 bedraagt (dit is 23% van de potentiële claims) en het aantal afgeronde claims minimaal 3.700 per jaar. Ruim 2.800 claims (76% van de uitkeringen) worden gecompenseerd door een cao-compensatieregeling. Nog eens 900 claims worden volgens de onderzoeken met een schadevergoeding afgerond via de weg van het aansprakelijkheidsrecht.⁴⁴³ Dit is 19% van het aantal ingediende claims. Het aantal potentiële beroepsziekteclaims is berekend op (maximaal) 4.500 per jaar en het aantal ingediende claims op ongeveer 620. Afgehandeld worden 504 tot 584 zaken.⁴⁴⁴ Jaarlijks wordt dus gemiddeld ongeveer 14% van het gemiddeld aantal potentiële beroepsziekteclaims daadwerkelijk omgezet in een claim. 12% Van het potentiële aantal claims leidt tot een schadevergoeding.⁴⁴⁵ Wordt uitgegaan van de cijfers van deze onderzoeken dan blijkt aldus van een gunstiger beeld van de afwikkeling van arbeidsgerelateerde schade dan van de afwikkeling van zorggerelateerde schade.

Uit het onderzoek uit 1999 blijkt van een schatting van 30.000 tot 52.500 ingediende vorderingen per jaar (10-15% van het aantal potentiële claims). Hiervan wordt volgens de onderzoeker 50- 65% (15.000 tot 34.125 in absolute cijfers) onmiddellijk, of na enige discussie, aanvaard.⁴⁴⁶ Wordt uitgegaan van deze cijfers dan blijkt eveneens van een gunstiger beeld van de afwikkeling van arbeidsgerelateerde schade dan van de afwikkeling van zorggerelateerde schade.

443 W.A. Eshuis e.a., *Werkgeverslasten in verband met arbeidsgerelateerde schade: bestuurlijke boetes en civielrechtelijke aansprakelijkheid*, Amsterdam: Hugo Sinzheimer Instituut 2011, p. 41-43. R. Knegt e.a., *Verhaal van werkgerelateerde schade*, Amsterdam: Hugo Sinzheimer Instituut 2012, p. 3.

444 W.A. Eshuis e.a., *Werkgeverslasten in verband met arbeidsgerelateerde schade: bestuurlijke boetes en civielrechtelijke aansprakelijkheid*, Amsterdam: Hugo Sinzheimer Instituut 2011, p. 41-43. Zie voor een overzicht in een tabel R. Knegt e.a., *Verhaal van werkgerelateerde schade*, Amsterdam: Hugo Sinzheimer Instituut 2012, p. 3.

445 R. Knegt e.a., *Verhaal van werkgerelateerde schade*, Amsterdam: Hugo Sinzheimer Instituut 2012, p. 3.

446 W.C.T. Weterings, *Vergoeding van letselschade en transactiekosten: Een kwalitatieve en kwantitatieve analyse*, Deventer: Tjeenk Willink 1999, p. 26-28.

10.3.3 Aansprakelijkheid voor verkeersgerelateerde schade

10.3.3.1 Het wettelijk kader inzake aansprakelijkheid voor verkeersgerelateerde schade

Een tweede groep van slachtoffers waarmee de patiënt kan worden vergeleken, wordt gevormd door de slachtoffers van verkeersongevallen. Verkeersongevallen kunnen eenzijdig zijn – bedoeld wordt een aanrijding met een paaltje of boom – of plaatsvinden tussen twee (of meer) verkeersdeelnemers. Verkeersdeelnemers kunnen gemotoriseerd zijn, zoals bestuurders van personenauto's, of niet, zoals voetgangers en fietsers. Deze laatste groep is bijzonder kwetsbaar, gezien het feit dat zij geen snelheid kunnen maken en geen bescherming ondervinden van een kooiconstructie. Gezondheidsschade van het slachtoffer van een verkeersongeval kan zich zowel fysiek als psychisch uiten en wordt in dit onderzoek verder geduid als 'verkeersgerelateerde' schade.

Een onderzoek van de stichting Consument en Veiligheid naar het aantal verkeersslachtoffers wijst uit dat er in de periode 2000-2004 jaarlijks gemiddeld 990 personen overlijden aan een verkeersongeluk en dat gemiddeld 160.000 slachtoffers medisch worden behandeld, waarvan 20.000 in een ziekenhuis worden opgenomen.⁴⁴⁷ Uit onderzoek van de stichting Consument en Veiligheid uit 2010 blijkt dat in 2010 zich ongeveer 120.000 personen bij de Spoedeisende Hulp meldden na een verkeersongeval te hebben doorgemaakt.⁴⁴⁸

Uit eerder onderzoek blijkt van een schatting van 650.000 slachtoffers van verkeersongevallen per jaar (met en zonder noodzaak tot medische behandeling).⁴⁴⁹ Beter te vergelijken is het aantal slachtoffers dat medische behandeling nodig had. Dit aantal bedraagt volgens het onderzoek 200.000 tot 350.000. Van dat aantal moesten ongeveer 20.000 slachtoffers worden opgenomen in het ziekenhuis.⁴⁵⁰

Uit later onderzoek blijkt van een afname van het aantal verkeersslachtoffers, al is een vergelijking moeilijk te maken gezien de nadruk die in de onderzoeken op het aantal doden worden gelegd. In 2009 was sprake van 720 verkeersongevallen met dodelijke afloop. Er meldden zich 9.310 personen bij de spoedeisende

447 Consument en Veiligheid, Letsel door ongevallen en geweld: Kerncijfers, 2006, p. 3.

448 Consument en Veiligheid, LIS factsheet 2010, p. 11.

449 W.C.T. Weterings, Vergoeding van letselschade en transactiekosten: Een kwalitatieve en kwantitatieve analyse, Deventer: Tjeenk Willink 1999, p. 10-12.

450 W.C.T. Weterings, Vergoeding van letselschade en transactiekosten: Een kwalitatieve en kwantitatieve analyse, Deventer: Tjeenk Willink 1999, p. 10-12.

hulp met letsel door een verkeersongeval. Een deel daarvan betrof fietsers en voetgangers.⁴⁵¹ In 2010 was sprake van 640 verkeersongevallen met dodelijke afloop (11% minder dan in 2009).⁴⁵² In 2011 bleek van een lichte stijging van het aantal verkeersdoden: 661 personen. Vooral onder oudere fietsers vielen meer slachtoffers.⁴⁵³

Het slachtoffer van een verkeersongeval en de veroorzaker van het verkeersongeval staan niet in een contractuele relatie tot elkaar. Wederzijdse verplichtingen vloeien echter voort uit de wet en uit ongeschreven recht. Wat de wettelijke verplichtingen betreft moet met name worden gedacht aan de regels in de Wegenverkeerswet (WVW)⁴⁵⁴ en (de uitwerking ervan in) het Reglement Verkeersregels en Verkeerstekens (RVV).⁴⁵⁵ De WVW vormt de basis voor alle verkeersregels; uitgangspunt is de vlotheid en doorstroming van het verkeer en dat niemand hinder of gevaar op de weg mag veroorzaken. Zo bepaalt artikel 5 WVW dat het een ieder verboden is zich zodanig te gedragen dat gevaar op de weg wordt veroorzaakt of kan worden veroorzaakt of dat het verkeer op de weg wordt gehinderd of kan worden gehinderd. Artikel 6 WVW bepaalt voorts dat het een ieder die aan het verkeer deelneemt verboden is zich zodanig te gedragen dat een aan zijn schuld te wijten verkeersongeval plaatsvindt waardoor een ander wordt gedood of waardoor een ander zwaar lichamelijk letsel wordt toegebracht of zodanig lichamelijk letsel dat daaruit tijdelijke ziekte of verhinderende in de uitoefening van de normale bezigheden ontstaat. Doel van de normen in de WVW is de bevordering van de verkeersveiligheid.⁴⁵⁶

Overtreedt een verkeersdeelnemer een van de verplichtingen uit de WVW of RVV, dan handelt hij in strijd met de wet, hetgeen als een onrechtmatige daad moet worden gekwalificeerd, zo volgt uit artikel 6:162 BW. Mogelijk is ook dat het gedrag van de verkeersdeelnemer in strijd met de maatschappelijke betamelijkheid wordt geacht, hetgeen eveneens een onrechtmatige daad oplevert. De onrechtmatige daad vormt dan ook de grondslag voor het verhaal van verkeersgerelateerde schade tussen verschillende gemotoriseerde verkeersdeelnemers of tussen verschillende niet-gemotoriseerde verkeersdeelnemers. Voor verhaal van schade is vereist dat het slachtoffer van verkeersgerelateerde schade de onrechtmatigheid van het gedrag stelt en, bij betwisting, bewijst. De toedracht van het ongeval is doorgaans eenvoudig aan te tonen met behulp van getuigen of met behulp van een reconstructie van het ongeval. Het slachtoffer dient evenzeer het causaal verband tussen

451 SWOV, Wetenschappelijk onderzoek verkeersveiligheid, Leidschendam 2010.

452 Cijfers Centraal Bureau voor de Statistiek.

453 Nieuwsbericht Rijksoverheid 19 april 2012 naar aanleiding van de cijfers van het Centraal Bureau voor de Statistiek.

454 Wet van 21 april 1994, Stb. 1994, 475.

455 Wet van 26 juli 1990, Stb. 1990, 459.

456 Kamerstukken II 1990/91, 22030, nr. 3, p. 5 (MvT).

het onrechtmatige gedrag en de schade aan te tonen. De eenvoud hiervan is mede afhankelijk van de gezondheid van de getroffen verkeersdeelnemer voorafgaand aan het verkeersongeval.

De onrechtmatige daad is echter niet de enige grondslag voor het verhaal van schade. Ook artikel 185 WVV geeft slachtoffers van een verkeersongeval een recht op vergoeding van schade met dien verstande dat de getroffen verkeersdeelnemer een *niet* gemotoriseerde verkeersdeelnemer moet betreffen – dus kwetsbare verkeersdeelnemers zoals een fietser of een voetganger – en de veroorzaker een gemotoriseerde verkeersdeelnemer.⁴⁵⁷ Het artikel bepaalt immers dat indien een motorrijtuig waarmee op de weg wordt gereden,⁴⁵⁸ betrokken is bij een verkeersongeval waardoor schade wordt toegebracht aan, niet door dat motorrijtuig vervoerde, personen of zaken, de eigenaar van het motorrijtuig of – indien er een houder van het motorrijtuig is – de houder verplicht is om die schade te vergoeden, tenzij aannemelijk is dat het ongeval is te wijten aan overmacht, daaronder begrepen het geval dat het is veroorzaakt door iemand, voor wie onderscheidenlijk de eigenaar of de houder niet aansprakelijk is. Ingevolge artikel 185, tweede lid, WVV is bovendien de eigenaar of houder die het motorrijtuig niet zelf bestuurde, aansprakelijk voor gedragingen van degene door wie hij het motorrijtuig deed of liet rijden. Het artikel laat onverkort de uit andere wettelijke bepalingen voortvloeiende aansprakelijkheid, aldus artikel 185, vijfde lid, WVV (zoals uit artikel 6:162 BW).

Gezien de tekst van artikel 185 WVV gaat het om een kwalitatieve aansprakelijkheid, zulks ter bescherming van de kwetsbare verkeersdeelnemers. De eigenaar of houder van het motorrijtuig is in zijn hoedanigheid aansprakelijk; hij kan worden aangesproken ongeacht of hij bestuurder was of niet. De kwetsbare verkeersdeelnemer dient slechts te stellen en, bij betwisting, bewijzen dat hij schade heeft geleden en dat deze (mede) is veroorzaakt door het verkeersongeval. Slaagt hij daarin, dan is de vergoedingsplicht van de eigenaar of houder van het motorrijtuig gegeven. De plicht tot schadevergoeding van de eigenaar of houder van het motorrijtuig ontstaat alleen dan niet, wanneer de eigenaar of houder van het motorrijtuig aannemelijk maakt dat het verkeersongeval aan *overmacht* is te wijten, bijvoorbeeld omdat de voetganger of fietser zelf onjuist verkeersgedrag vertoonde. Deze stelling – er is overmacht – zal echter pas worden gevolgd wanneer de bestuurder van het motorrijtuig *rechtens geen enkel verwijt* valt te maken: een eventuele fout van de fietser of voetganger is dan ook alleen relevant voor de aansprakelijkheid, indien deze voor de bestuurder van het motorrijtuig zo onwaarschijnlijk was, dat hij daarmee geen rekening

457 Artikel 31 WVV (OUD).

458 Zie voor de definitie van een motorrijtuig artikel 1 WVV. Een trolleybus en een bromfiets vallen bijvoorbeeld evenzeer onder het begrip als een personenauto of vrachtwagen.

hoefde te houden.⁴⁵⁹ Is de voetganger of fietser jonger dan veertien jaar, dan geldt bovendien dat een beroep op overmacht alleen slaagt, indien het onjuiste verkeersgedrag van de (jong-)minderjarige voetganger of fietser opzettelijk is of daaraan grenzend roekeloos. Deze groep van kwetsbare verkeersdeelnemers heeft extra bescherming, zo volgt uit de jurisprudentie, en dient tot uitdrukking te komen in de wijze waarop (volledig) verhaal van schade mogelijk is.⁴⁶⁰

De Hoge Raad overwoog een en ander als volgt in het arrest dat bekend staat als het arrest Marbeth van Uitregt: ‘3.3 Het gaat hier om een aanrijding tussen een motorrijtuig en een niet door dat motorrijtuig vervoerd kind van tien jaar. Ten aanzien van dergelijke aanrijdingen vertoont de rechtspraak van de Hoge Raad een ontwikkeling in de richting van een betere bescherming van het kind. Deze ontwikkeling heeft zich ten dele voltrokken in het kader van art. 31 lid 1 WvW (restrictieve uitleg van overmacht, daaronder begrepen schuld van iemand voor wie de eigenaar of houder van het motorrijtuig niet aansprakelijk is) en ten dele in het kader van art. 31 lid 6 WvW (restrictieve toepassing van de bevoegdheid tot vermindering van de schadevergoeding op grond van schuld van iemand voor wie de eigenaar of houder niet aansprakelijk is). In het kader van art. 31 lid 6 heeft de Hoge Raad (HR 1 juni 1990, RvdW 1990, 116; NJ 1991, 720 ; red.) laatstelijk geoordeeld dat in geval van een aanrijding als voormeld met een kind beneden de veertien jaar geen vermindering van de schadevergoeding op grond van de gedragingen van het kind op haar plaats is, tenzij die gedragingen opzet of aan opzet grenzende roekeloosheid ter zake van die aanrijding opleveren. Het komt erop neer dat in een dergelijk geval – afgezien van voormelde opzet of roekeloosheid – tegenover de vordering van het kind tot schadevergoeding geen beroep op zijn gedragingen kan worden gedaan, zodat de eigenaar of houder volledig aansprakelijk blijft.

3.4 De vraag of en wanneer gedragingen van een kind overmacht in de zin van art. 31 lid 1 opleveren, hangt ten nauwste samen met die of en wanneer zulke gedragingen in het kader van lid 6 van deze bepaling behoren te leiden tot vermindering van aansprakelijkheid. De gronden waarop voormelde beslissing ten aanzien van laatstgemelde vraag berust – vermeld in de eerste alinea van

459 Zie HR 26 maart 1971, NJ 1971, 262, met nt. G.J. Scholten; HR 26 maart 1976, NJ 1976, 393, met nt. G.J. Scholten; HR 24 december 1982, NJ 1983, 443; HR 24 januari 1986, NJ 1986, 377; HR 23 mei 1986, NJ 1987, 482, met nt. C.J.H. Brunner; HR 22 mei 1992, NJ 1992, 527; HR 16 februari 1996, NJ 1996, 393 en HR 4 mei 2001, NJ 2002, 214, met nt. C.J.H. Brunner. Artikel 185 WvW wordt naar analogie toegepast op de situatie dat een tram in aanrijding is gekomen met een kwetsbare verkeersdeelnemer, zie HR 14 juli 2000, NJ 2001, 417, met nt. J. Hijma en HR 3 juni 2005, NJ 2005, 286.

460 HR 1 juni 1990, NJ 1991, 720, met nt. C.J.H. Brunner en HR 31 mei 1991, NJ 1991, 721, met nt. C.J.H. Brunner.

r.o. 5.3 van het in 3.3 genoemde arrest van 1 juni 1990 –, gelden dan ook evenzeer ten aanzien van de eerstgenoemde vraag, die hier aan de orde is, en geven aanleiding deze vraag, teneinde tot een sluitende, aan voormelde rechtsontwikkeling beantwoordende bescherming te komen, in overeenkomstige zin te beantwoorden. Bij aanrijdingen tussen een motorrijtuig en een niet door dat motorrijtuig vervoerd kind beneden de veertien jaar moet derhalve – afgezien van gevallen van opzet of aan opzet grenzende roekeloosheid – worden aanvaard dat fouten van het kind die hebben bijgedragen aan de aanrijding – in de woorden van art. 6:162 lid 3 NBW – voor rekening van de bestuurder komen en voor hem geen overmacht opleveren. Dit betekent dat bij deze aanrijdingen gedragingen van het kind, zowel in het kader van de overmachtsvraag als in dat van de vraag of vermindering van de schadevergoeding op haar plaats is, slechts in aanmerking mogen worden genomen wanneer, mede gezien de leeftijd van het kind, niet anders kan worden geoordeeld dan dat zij opzet of aan opzet grenzende roekeloosheid ter zake van de aanrijding opleveren. Het betekent voorts dat het voor de aansprakelijkheid op grond van art. 31 lid 1 niet ter zake doet of de bestuurder van het motorrijtuig het kind al dan niet voor de aanrijding heeft waargenomen (zoals nog wel van belang is geacht in HR 23 mei 1986, *NJ* 1987, 482), respectievelijk of de bestuurder met de mogelijke aanwezigheid van kinderen rekening had moeten houden (zoals het hof hier tot uitgangspunt heeft genomen). Een en ander is immers slechts van belang in de – thans verlaten – opvatting dat bij deze aanrijdingen voor het slagen van een op fouten van het kind gebaseerd beroep op overmacht voldoende is dat aannemelijk is geworden dat aan de bestuurder van zijn wijze van rijden geen verwijt kan worden gemaakt.⁴⁶¹

Is overmacht door de eigenaar of houder van het motorrijtuig niet aannemelijk geworden, dan is hij aansprakelijk voor de verkeersgerelateerde schade van de kwetsbare verkeersdeelnemer, ook al is er een eventuele fout van de fietser of voetganger te ontwaren. Wat de eigenaar of houder resteert teneinde aan een volledige schadevergoedingsplicht te ontkomen, is een beroep op ‘eigen schuld’ van de fietser of voetganger, als bedoeld in artikel 6:101 BW. Uit de jurisprudentie blijkt echter dat ook in het kader van een beoordeling van de eigen schuld belang wordt gehecht aan het feit dat het slachtoffer een kwetsbare verkeersdeelnemer is en bescherming behoeft ten opzichte van de gemotoriseerde weggebruiker. Ten eerste is in de rechtspraak wat fietsers en voetgangers van veertien jaar en ouder betreft de zogeheten ‘50%-regel’ ontwikkeld. Deze op de redelijkheid en billijkheid gebaseerde regel houdt in dat bij eigen schuld van de fietser of voetganger de vergoedingsplicht

461 HR 31 mei 1991, *NJ* 1991, 721, met nt. C.J.H. Brunner.

daarmee weliswaar verminderd, maar dat dat percentage niet meer dan 50% kan bedragen, tenzij er sprake was van opzet of aan opzet grenzende roekeloosheid aan de zijde van de fietser of de voetganger, zo volgt uit de jurisprudentie van de Hoge Raad.⁴⁶² De vraag of er méér dan 50% van de schade moet worden vergoed, dient te worden beoordeeld met toepassing van artikel 6:101 BW. In dat kader wordt eerst gekeken naar de wederzijdse bijdragen aan het ongeval. Vervolgens kan de billijkheid nog eisen (voor zover niet reeds in de 50%-regel verdisconteerd zoals het *betriebsgefahr* van het voertuig) dat er een extra correctie plaatsvindt. Gedacht kan worden aan de mate van verwijtbaarheid.⁴⁶³ Ten tweede is in de rechtspraak wat niet gemotoriseerde weggebruikers beneden de veertien jaar betreft de ‘100%-regel’ ontwikkeld; het percentage eigen schuld wordt nihil geacht, tenzij er sprake is van opzet of daaraan grenzende roekeloosheid. De gemotoriseerde zal dus in de regel 100% van de schade van het (jong)minderjarige slachtoffer moeten vergoeden.⁴⁶⁴

Uit de jurisprudentie van de Hoge Raad volgt overigens nog dat deze regels ook worden gebruikt wanneer het slachtoffer artikel 6:162 BW aan zijn verandering ten grondslag heeft gelegd.⁴⁶⁵

Net als bij de werkgeversaansprakelijkheid blijkt dus van een van het gemene aansprakelijkheidsrecht afwijkende materieelrechtelijke en bewijsregel ter bescherming van een zwakkere partij.

Voor derden geldt geen afwijkende regeling. Bij het verkeersslachtoffer betrokken personen komen voor een vergoeding in aanmerking, voor zover zij schade lijden die door artikel 6:107 BW en 6:108 BW wordt bestreken. Wel is juist bij verkeersongevallen aan derden een vergoeding van shockschade mogelijk. De jurisprudentie ter zake shockschade heeft zich met name op dit terrein ontwikkeld en daaruit blijkt dat bijvoorbeeld een moeder die getuige is van het feit dat haar dochter door een motorrijtuig is aangereden, recht heeft op vergoeding van geleden schade wanneer zij door de schok geestelijk lestel oploopt.⁴⁶⁶

462 HR 28 februari 1992, *NJ* 1993, 566, met nt. C.J.H. Brunner en HR 24 december 1993, *NJ* 1995, 236, met nt. C.J.H. Brunner. Zie HR 2 juni 1995, *NJ* 1997, 700 voor het billijkheidsargument. Zie HR 30 maart 2007, *LJN* AZ7863 voor de definitie van aan opzet grenzende roekeloosheid: bewustheid van het gevaar is noodzakelijk, hetgeen door de gemotoriseerde met worden aangetoond.

463 HR 2 juni 1995, *NJ* 1997, 700; HR 2 juni 1995, *NJ* 1997, 701 en HR 2 juni 1995, *NJ* 1997, 702, met nt. C.J.H. Brunner.

464 HR 1 juni 1990, *NJ* 1991, 720, met nt. C.J.H. Brunner en HR 31 mei 1991, *NJ* 1991, 721, met nt. C.J.H. Brunner.

465 HR 15 januari 1993, *NJ* 1993, 568.

466 HR 22 februari 2002, *NJ* 2002, 240, met nt. J.B.M. Vranken, rov. 4.3.

10.3.3.2 Verhaal van schade in de verkeerspraktijk

De praktijk van verhaal van verkeersgerelateerde schade toont dat schadeafwikkeling in een buitengerechtelijk en een gerechtelijk traject plaatsvindt. Het buitengerechtelijk traject is de eerste fase en veelal ook de eindfase, omdat het tijdens de buitengerechtelijke onderhandelingen tot een schikking komt.⁴⁶⁷

Heeft de verkeersdeelnemer een verkeersongeval doorgemaakt, dan vangt het verhaal van schade doorgaans direct aan met een aansprakelijkstelling, al dan niet opgesteld door een door het slachtoffer in de arm genomen belangenbehartiger. Het slachtoffer heeft daarbij de keuze of hij zich tot een advocaat wendt of tot een andere belangenbehartiger, bijvoorbeeld een letselschadebureau of een jurist van de rechtsbijstandverzekeraar. Tussen het slachtoffer die zich tot een belangenbehartiger wendt met het verzoek hem bij te staan en de belangenbehartiger die daarmee instemt, ontstaat een overeenkomst van opdracht, waarop de bepalingen van Boek 7, titel 7, afdeling 1, BW van toepassing zijn. Het slachtoffer is zijn belangenbehartiger loon verschuldigd voor zijn werkzaamheden. Wordt rechtsbijstand verleend door een rechtsbijstandverzekeraar, dan ligt daaraan een verzekeringsovereenkomst als bedoeld in Boek 7, titel 17, afdeling 1, BW ten grondslag. Het loon wordt in dat geval vergoed uit de te betalen premie.

Uit onderzoek uit 1999 blijkt dat het aantal potentiële vorderingen ter zake verkeersgerelateerde schade geschat wordt op 390.000 tot 455.000.⁴⁶⁸ Opgemerkt wordt echter wel dat deze schatting is gebaseerd op een totaal aantal verkeersongevallen van 650.000 (met en zonder noodzaak tot medische behandeling), terwijl uit recenter onderzoek is gebleken dat het aantal verkeersongevallen inmiddels lager moet worden ingeschat.⁴⁶⁹ Aannemelijk is dan ook dat het aantal slachtoffers met een potentiële vordering inmiddels lager ligt.

⁴⁶⁷ Het percentage gerechtelijke afdoeningen in letselschadezaken wordt geschat op 4 tot 4,9%: B.C.J. van Velthoven en M.J. ter Voert, *Geschilbeslechtingsdelta 2003*, WODC, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 14 en B.C.J. van Velthoven en C.M. Klein Haarhuis, *Geschilbeslechtingsdelta 2009*, WODC, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 82. Zie ook W.C.T. Weterings, *Efficiëntere en effectievere afwikkeling van letselschadeclaims. Een studie naar schikkingsonderhandelingen in de letselschadepraktijk, normering en geschiloplossing door derden* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 26, die stelt dat 95-99% van de letselschadezaken buiten de rechter om worden afgedaan. Weterings stelt voorts dat geschilbeslechting door de rechter met name wordt gekozen in die gevallen waarin de aansprakelijkheid onzeker is, de wederpartij niet onderhandelingsgezind is, de eisende partij genoegdoening wenst en precedentwerking wordt nagestreefd, zie p. 41.

⁴⁶⁸ W.C.T. Weterings, *Vergoeding van letselschade en transactiekosten: Een kwalitatieve en kwantitatieve analyse*, Deventer: Tjeenk Willink 1999, p. 21.

⁴⁶⁹ Zie par. 10.3.3.1.

Is bij het verkeersongeval een motorrijtuig betrokken, dan is de aansprakelijkstelling doorgaans gericht aan de aansprakelijkheidsverzekeraar van het voertuig. Ingevolge artikel 2, eerste lid, van de Wet aansprakelijkheidsverzekering motorrijtuigen (WAM) zijn de bezitter van een motorrijtuig en degene aan wie het kenteken voor een motorrijtuig is opgegeven, verplicht voor het motorrijtuig een aansprakelijkheidsverzekering te sluiten en in stand te houden, indien dat motorrijtuig op een weg wordt geplaatst of daarmee op een weg wordt gereden, indien buiten een weg met dat motorrijtuig op een terrein aan het verkeer wordt deelgenomen of indien voor dat motorrijtuig een kentekenbewijs is afgegeven.⁴⁷⁰ Wordt een vergoedingsplicht van de gemotoriseerde verkeersdeelnemer aangenomen, dan heeft de benadeelde (kwetsbare) verkeersdeelnemer jegens de verzekeraar door wie de aansprakelijkheid volgens de WAM is gedekt, een eigen recht op schadevergoeding, aldus artikel 6 WAM.

Opgemerkt wordt dat dit eigen recht van het slachtoffer verder gaat dan het recht van de directe actie als bedoeld in artikel 7:954 BW dat aan de benadeelde geen eigen recht geeft, maar een afgeleid recht.

Verschillende verzekeraars verzekeren het risico ter zake wettelijke aansprakelijkheid. De verzekeraars zijn doorgaans naamloze vennootschappen.

De aansprakelijkheidsverzekeraar zal op zijn beurt in onderhandeling treden met de (belangenbehartiger van) de (kwetsbare) verkeersdeelnemer teneinde tot een afwikkeling van de schade te komen. Zowel de belangenbehartiger als de aansprakelijkheidsverzekeraar maakt daarbij gebruik van de hulp van een medisch adviseur ter beoordeling van de medische gegevens. De kosten van de medisch adviseur komen voor rekening van het slachtoffer respectievelijk de aansprakelijkheidsverzekeraar.

Voorts wordt gebruik gemaakt van de hulp van deskundigen. Een medisch deskundige bijvoorbeeld wordt ingeschakeld teneinde de ongevalsgevolgen in kaart te brengen en bijvoorbeeld een verzekeringsgeneeskundige wordt gebruikt om de beperkingen van het slachtoffer te duiden. Degene die de opdracht verstrekt, betaalt het loon van de deskundige, tenzij daarover andere afspraken zijn gemaakt (als aansprakelijkheid vast staat bijvoorbeeld wordt in de regel het loon door de verzekeraar betaald, omdat de kosten deel uitmaken van de schade van het slachtoffer). Doorgaans wordt daarnaast een schade-expert ingeschakeld om het slachtoffer thuis te bezoeken en de schade in kaart te brengen.

470 Zie artikel 3 WAM en 3a WAM voor de eisen die aan de verzekering worden gesteld.

De onderhandelingen dienen bovendien te verlopen met inachtneming van de Gedragscode Behandeling Letselschade (GBL).⁴⁷¹ De GBL bevat tien gedragsregels betreffende de afwikkeling van verkeersgerelateerde schade, welke gedragsregels het belang van het slachtoffer centraal stellen. De GBL bevat ook een medische paragraaf waarin wordt beschreven hoe de betrokken partijen (aansprakelijkheidsverzekeraar en medisch adviseurs) met de medische informatie van het slachtoffer moeten omgaan. Naleving van de GBL wordt afgedwongen doordat de (rechts)personen die de GBL onderschrijven in het GBL-register worden ingeschreven en jaarlijks worden getoetst via een *self-assessment* en driejaarlijks via een dossieronderzoek en bezoek-*audit*.

Wanneer de getroffen (kwetsbare) verkeersdeelnemer, en de aansprakelijkheidsverzekeraar na de onderhandelingen (veelal is het de schade-expert die de onderhandelingen voert met een volmacht van de verzekeraar) een akkoord hebben kunnen bereiken over de te vergoeden schade, dan worden de afspraken vastgelegd in een vaststellingsovereenkomst, als bedoeld in artikel 7:900 BW. Welke schade voor vergoeding in aanmerking komt, is geregeld in Boek 6, titel 1, afdeling 10, BW. De getroffen verkeersdeelnemer heeft recht op vergoeding van vermogensschade, waaronder de redelijke kosten van rechtsbijstand en deskundigen (artikel 6:95 BW en 6:96 BW), en op vergoeding van ander nadeel, voor zover de wet dat toelaat (artikel 6:106 BW).

Is de vaststellingsovereenkomst nagekomen, dan wordt het buitengerechtelijke traject afgesloten. Komen partijen er buiten rechte niet uit dan resteert de gang naar de deelgeschilrechter (artikel 1019w Rv-101cc Rv) of, uiteindelijk, de bodemrechter. Gaat het om verkeersgerelateerde schade dan is in beginsel de ‘gewone’ civiele rechter bevoegd, tenzij het een vordering van minder dan € 25.000. In dat laatste geval is de kantonrechter bevoegd, zo volgt uit artikel 93 Rv. De getroffen verkeersdeelnemer zal als eisende partij een griffierecht dienen te betalen.⁴⁷² Voorts zal hij kosten voor een advocaat moeten betalen. Heeft de rechter te zijner voorlichting een deskundige nodig, dan dient de getroffen verkeersdeelnemer evenzeer het voorschot te betalen, tenzij bijvoorbeeld aansprakelijkheid is erkend. De bodemprocedure eindigt met een vonnis van de rechter. Daarbij wordt een kostenveroordeling uitgesproken: de verliezende partij wordt in de kosten veroordeeld, zo volgt uit artikel 237, eerste lid, Rv. Opgemerkt wordt dat wanneer de getroffen verkeersdeelnemer wint, de kostenveroordeling doorgaans niet voldoende is om alle kosten van rechtsbijstand te dekken.

471 De eerste versie dateert van 2006. In 2012 is de GBL herzien. De tekst van de GBL is te downloaden via <www.deletselschaderaad.nl>.

472 Zie <www.rechtspraak.nl> voor de tarieven.

Mogelijk is ook dat de partijen ter comparitie een schikking bereiken. Deze schikking kan door de rechter ingevolge artikel 88, derde lid, Rv in een proces-verbaal worden opgenomen dat door de werknemer en de werkgever kan worden ondertekend. Het proces-verbaal is daarmee een vaststellingsovereenkomst als bedoeld in artikel 7:900 BW.

In het Financieel jaarverslag 2004 van het Verbond van Verzekeraars staat dat verzekeraars jaarlijks gemiddeld 50.000 meldingen van verkeersletselschade ontvangen.⁴⁷³ Uit latere verslagen blijkt niet van duidelijke cijfers anders dan dat gesproken wordt van een daling of stijging. Het aantal van 50.000 wijkt niet zo heel veel af van het geschatte aantal ingediende claims van 65.000 (ondergrens) dat in het onderzoek van 1999 wordt genoemd,⁴⁷⁴ en past bij het beeld dat het aantal slachtoffers van verkeersongevallen in de loop der tijd is afgenomen. Wordt uitgegaan van deze cijfers dan blijkt dat 10 tot 15% van de slachtoffers met een potentiële vordering daadwerkelijk een vordering indient, welk percentage dus hoger ligt dan het aantal patiënten dat een vordering indient.

10.3.4 *Verschillen met Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW en het verhaal van zorggerelateerde schade in de praktijk*

Wat het wetsvoorstel Wcz betreft, wordt ten eerste opgemerkt dat de voorgestelde wet publiekrechtelijk van aard zou zijn, zij het met privaatrechtelijke componenten gelegen in verplichtingen van de cliënt en de met enkele rechten van de cliënt corresponderende verplichtingen van de zorgaanbieder. Het wetsvoorstel toont op dit punt een verschil met Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW dat is geënt op een civielrechtelijke inbedding van de relatie tussen de hulpverlener en de patiënt.⁴⁷⁵

Verschillen met Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW zijn echter niet te ontwaren als wordt gekeken naar de wijze waarop met de voorgestelde materieelrechtelijke regeling inhoud zou worden gegeven aan de relatie tussen hulpverlener en patiënt. Evenmin wijken de beoogde op de rechtsverhouding van toepassing zijnde rechten en plichten in belangrijke mate af van de rechten en plichten neergelegd in Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW. Waar met de voorgestelde wettekst wel een afwijking werd beoogd, betreft het overigens daadwerkelijk een verbetering ten opzichte van het BW. Dit geldt bijvoorbeeld voor de beoogde explici-

473 Verbond van verzekeraars, Financieel jaarverslag 2004, gepubliceerd in 2005, p. 24, te downloaden via <www.verzekeraars.nl>.

474 W.C.T. Weterings, Vergoeding van letselschade en transactiekosten: Een kwalitatieve en kwantitatieve analyse, Deventer: Tjeenk Willink 1999, p. 26-28.

475 Zie nader over de keuze Kamerstukken II 1998/90, 21561, nr. 3, p. 6 (MvT). Zie voorts J.C.J. Dute e.a., Evaluatie WGB0, Den Haag: Zonmw 2000, p. 32 over de voordelen van een civielrechtelijke benadering.

tering in artikel 21 Wcz van een recht op informatie over incidenten.⁴⁷⁶ Patiënten willen immers dat er wordt toegegeven dat ‘het fout is gegaan’ en openheid voorkomt procedures evenals problemen bij het aantonen van een fout.⁴⁷⁷ Het geldt bijvoorbeeld ook voor de voorgestelde nadere omschrijving van het goed hulpverlenerschap door minimumeisen te formuleren en door uitdrukkelijke vermelding van het element ‘veiligheid’ in artikel 5, eerste lid, Wcz, waardoor er geen twijfel meer over zou hoeven bestaan dat het verlenen van goede zorg een veiligheidsnorm behelst. Het geldt tot slot voor het voorgestelde recht van de nabestaanden op inzage in het medisch dossier. Met artikel 23 Wcz zou de heersende jurisprudentie worden gecodificeerd.⁴⁷⁸ In de toelichting op het artikel werd bovendien verduidelijkt dat een zwaarwegend belang gelegen kan zijn in het gebruik van gegevens in een aansprakelijkheidsprocedure.⁴⁷⁹

Verschillen met Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW zijn ook niet te ontwaren waar het de grondslagen voor aansprakelijkheid en de bewijslastverdeling betreft. Ook onder vigeur van de Wcz zouden de tekortkoming in de nakoming van een verplichting uit de behandelingsovereenkomst en de onrechtmatige daad bij gebreke van een overeenkomst als grondslag voor verhaal van schade dienen. Het zou voorts aan de cliënt blijven om zowel de normschending als het *condicio sine qua non*-verband met de schade te stellen en, bij betwisting, te bewijzen. Ook wat de positie van derden betreft, is er geen verschil tussen de regelingen aan te wijzen.

Een verschil met de huidige afwikkeling van schade in de praktijk daarentegen toont de met de Wcz voorgestelde klachten- en geschillenregeling. Bemiddeling en afwikkeling van de klacht door de zorgaanbieder zou voorop staan, evenals thans het geval is, maar daarna zou de voor de patiënt kosteloze (behoudens eigen kosten van rechtsbijstand) weg openstaan naar de geschilleninstantie (waarin de Geschillencommissie Zorginstellingen zou moeten opgaan), ook voor een oordeel over een tot € 25.000,- gemaximeerde vordering tot schadevergoeding. De met de Wet kkgz voorgestelde regeling kent dezelfde uitgangspunten – eerst behandeling van de klacht door de zorgaanbieder en bij onjuiste afwikkeling van de klacht of ontevredenheid de mogelijkheid van een geschillenbeslechting door een geschilleninstantie – maar heeft de directe toegang tot de geschilleninstantie bij een vordering tot

476 Artikel 10, derde lid, Wet kkgz kent een zelfde recht, geformuleerd als plicht van de zorgaanbieder.

477 R.M.E. Huver e.a., *Slachtoffers en aansprakelijkheid*, Deel I: *Terreinverkenning*, Amsterdam, Vrije Universiteit, WODC, Den Haag 2007, p. 29 en 50 en J. Legemaate, ‘Recht op informatie over fouten van artsen’, *TVP* 2007, nr. 1, p. 1-4. Zie voor dezelfde conclusie J.L. Smeehuijzen en A.J. Akkermans, *Medische aansprakelijkheid: over grote problemen, haalbare verbeteringen en overschatten revoluties*, Preadvies Vereniging voor Gezondheidsrecht, Den Haag: Sdu Uitgevers 2013, p. 24.

478 HR 20 april 2001, *NJ* 2001, 600, met nt. W.M. Kleijn en F.C.B. van Wijmen. Zie ook lagere jurisprudentie Rechtbank Leeuwarden 8 juni 2011, *JA* 2011, 146, met nt. R.P. Wijne.

479 Kamerstukken II 2009/10, 32402, nr. 3, p. 125 (MvT).

schadevergoeding afgesneden. Ook voor deze vorderingen zal de patiënt zich dus eerst tot de zorgaanbieder moeten wenden, die overigens kan besluiten om de vordering via zijn beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar af te wikkelen.

Wat het verhaal van *arbeidsgerelateerde schade* betreft, wordt opgemerkt dat de werknemer, net als de patiënt, doorgaans in een contractuele relatie staat tot degene op wie schade eventueel kan worden afgewenteld. De grondslag voor verhaal van schade en de norm waaraan aansprakelijkheid wordt getoetst zijn eveneens vergelijkbaar; schending van de in acht te nemen zorgplicht ten opzichte van de werknemer maakt dat daardoor geleden schade door de normschendende werkgever moet worden vergoed. Of de zorgplicht is geschonden wordt bepaald aan de hand van de *state of the art* en de *state of the industry* en is vergelijkbaar met de professionele standaard waaraan de hulpverlener zich dient te houden.

Afwijkend is daarentegen de bewijslastverdeling ter zake de normschending. Bij arbeidsgerelateerde schade dient niet de werknemer te stellen en, bij betwisting, te bewijzen dat de werkgever zijn zorgplicht heeft geschonden, maar dient de werkgever te stellen en, bij betwisting, te bewijzen dat hij die zorgplicht is nagekomen. De afwijkende bewijslastverdeling is opgenomen ter bescherming van de, van de werkomstandigheden afhankelijke, werknemer. Niet afwijkend is de bewijslast ter zake het causaal verband; de werknemer dient aan te tonen dat zijn schade is geleden in de uitoefening van de werkzaamheden.

Afwijkend is ook de regeling van de vermindering van de schadevergoedingsplicht door eigen schuld van de werknemer. Alleen wanneer gesproken kan worden van opzet of grove roekeloosheid wordt met het gedrag van de werknemer als oorzaak voor de schade rekening gehouden. De regeling van de te vergoeden schade is daarentegen weer dezelfde; schadevergoeding vindt plaats ingevolge de regels van Boek 6, titel 1, afdeling 10, BW.

De wijze waarop verhaal van arbeidsgerelateerde schade in de praktijk plaatsvindt, is min of meer vergelijkbaar met de praktijk betreffende het verhaal van zorggerelateerde schade, met dien verstande dat de markt van aansprakelijkheidsverzekeraars niet wordt gekenmerkt door twee grote onderlinge waarborgmaatschappijen. De geschatte cijfers over het aantal personen dat een vordering indient en schade vergoed krijgt laat (in relatieve zin) een enigszins positiever beeld zien dan de cijfers die zorggerelateerde schade betreffen (bezien

vanuit het slachtoffer). Opgemerkt zij echter wel dat ook de praktijk van arbeidsgelateerde schade niet is gevrijwaard van kritiek.⁴⁸⁰

Over het verhaal van verkeersgerelateerde schade wordt opgemerkt dat het slachtoffer van een verkeersongeval, anders dan de patiënt, niet in een contractuele rechtsverhouding tot de schadeveroorzaker staat. De grondslag voor aansprakelijkheid is dan ook die van de onrechtmatige daad of – als het gaat om schade van kwetsbare verkeersdeelnemers – die van artikel 185 WvW. Artikel 185 WvW is afwijkend van de gangbare regeling van aansprakelijkheid, omdat op de eigenaar of houder van het motorrijtuig een kwalitatieve aansprakelijkheid rust; de eigenaar of houder van het motorrijtuig is aansprakelijk, tenzij de eigenaar of houder aannemelijk weet te maken dat sprake is van overmacht. Uit de analyse van de jurisprudentie is duidelijk geworden dat een beroep op overmacht slechts in uitzonderlijke gevallen slaagt. Uit de jurisprudentie volgt voorts dat ter bescherming van de kwetsbare verkeersdeelnemers, van het normale regime van artikel 6:101 BW afwijkende, ‘regels’ zijn ontwikkeld die ertoe leiden dat ook bij een eigen verkeersfout van de kwetsbare verkeersdeelnemer zijn schade in belangrijke mate wordt vergoed door de aansprakelijkheidsverzekeraar van het gemotoriseerde voertuig. Wel zal het slachtoffer moeten stellen en bewijzen dat hij schade heeft geleden en dat dit door het verkeersongeval is veroorzaakt. De regeling van de omvang van de te vergoeden schade zelf is niet afwijkend; schade wordt vergoed met inachtneming van Boek 6, titel 1, afdeling 10, BW.

De wijze van verhaal van schade in de praktijk is min of meer vergelijkbaar met de praktijk van verhaal van zorggerelateerde schade, met dien verstande dat zich meerdere aansprakelijkheidsverzekeraars (geen onderlinge waarborgmaatschappijen) op de markt bevinden. De geschatte cijfers over het aantal verkeersslachtoffers dat een vordering indient laat (in relatieve zin) een enigszins positiever beeld zien dan de cijfers over het aantal patiënten dat een vordering indient. Opgemerkt zij echter wel dat ook de praktijk van verkeersgerelateerde schade niet is gevrijwaard van kritiek.⁴⁸¹

10.4 BESCHOUWING

Met dit deel van het onderzoek werd beoogd alternatieven in kaart te brengen, opdat in het volgende hoofdstuk, tevens laatste deel van het onderzoek, de vraag kan worden

480 Zie bijvoorbeeld ten aanzien van de afhandeling van beroepsziektzaken, W.A. Eshuis, e.a., *Leerzame Schadeclaims. Leren van worst case scenarios als opstap naar effectieve interventie en preventie rond beroepsziekten*, Hugo Sinzheimer Instituut 2009.

481 Zie bijvoorbeeld het rapport van Stichting De Ombudsman, *Letselschaderegeling ‘Onderhandelen met het mes op tafel of een zoektocht naar de redelijkheid’*, 2003 evenals het rapport van Stichting De Ombudsman, *De Gedragscode Behandeling Letselschade: een goed bewaard geheim?*, 2011.

beantwoord of (de) alternatieven een oplossing kunnen bieden voor de in de vorige hoofdstukken aan het licht gebrachte knelpunten bij het verhaal van zorggerelateerde schade. Tegen deze achtergrond is voorts bezien of er verschillen zijn te ontwaren met Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW en het verhaal van zorggerelateerde schade in de praktijk.

Uit de analyse van de drie buitenlandse rechtsstelsels is gebleken dat tussen in het bijzonder de patiëntenverzekering van Zweden en het duale stelsel met fonds van België enerzijds en het civiele aansprakelijkheidssysteem van Nederland anderzijds grote verschillen bestaan als het gaat om verhaal van schade.

Het verschil met de patiëntenverzekering is met name gelegen in de afwezigheid van de plicht van de patiënt om een verwijtbare normschending van de arts aan te tonen. Daarvoor in de plaats heeft de patiënt recht op een uitkering uit de patiëntenverzekering als zich een van de *Patientskadelag* genoemde gebeurtenissen zich heeft voorgedaan. Opgemerkt wordt dat in het geval van de meest voorkomende gebeurtenis – de behandeling heeft schade veroorzaakt – de patiënt voor een recht op een uitkering de vermijdbaarheid van de schade moet aantonen. Vermijdbaarheid van schade door een andere geneeskundige verrichting is echter niet eenvoudig aan te tonen, omdat er maar zelden alternatieven zijn aan te wijzen die geen enkel risico met zich brengen. De patiënt dient eveneens het *condicio sine qua non*-verband tussen de medische behandeling en de schade van de patiënt aan te tonen. Deze hindernissen zorgen in de praktijk voor het merendeel van de afwijzingen. Bovendien kent de hoogte van de vergoeding een wettelijk maximum van € 1.000.000 al zal dat in veel gevallen toereikend zijn. Daar staat tegenover dat de patiënt niet wordt geconfronteerd met extra kosten van een buitengerechtelijke procedure (behoudens eventueel onverplicht te maken kosten voor bijstand van een advocaat); zowel het LÖF als de *Patientskadenämnden* beoordelen de vordering kosteloos en in de *Patientskadenämnden* zijn medisch deskundigen vertegenwoordigd.

Het verschil met het duale stelsel van België is in het bijzonder gelegen in de mogelijkheid van een uitkering uit het Fonds Medische Ongevallen ook indien de schade van de patiënt het gevolg is van een ‘medisch ongeval zonder aansprakelijkheid’. Het Fonds heeft daarnaast een bemiddelende en adviserende rol bij het verhaal op de aansprakelijkheidsverzekeraars. De procedure bij het Fonds is bovendien kosteloos (behoudens eventueel onverplicht te maken kosten voor bijstand van een advocaat), ook wanneer een medische deskundige moet worden ingeschakeld. Wel zij benadrukt dat de Wet Medische Ongevallen een aantal voorwaarden stelt wil een uitkering aan de patiënt volgen. Zo volgt een vergoeding uit het Fonds bij een medisch ongeval zonder aansprakelijkheid alleen wanneer de schade abnormaal is en een bepaalde mate van ernst heeft. Deze laatste voorwaarde geldt ook voor een uitkering uit het Fonds bij betwisting van aansprakelijkheid door de aansprakelijkheids-

verzekeraar. Naar verwachting leidt de ‘ernst’-eis tot een zo gering aantal vergoedingen uit het Fonds dat de vraag kan worden gesteld of deze drempel in verhouding staat tot het doel van het Fonds, te weten een kosteloze laagdrempelige procedure waardoor meer mensen een vergoeding kunnen krijgen.

Grote verschillen tussen het Oostenrijkse civiele aansprakelijkheidsrecht en het Nederlandse civiele aansprakelijkheidsrecht zijn (zoals verwacht) niet aan het licht gekomen. Daarentegen is een verschil wel gelegen in de omstandigheid dat Oostenrijk bijzondere instanties kent – *Patientenanwaltschaften* en *Schiedsstellen* – die in de praktijk een oordeel geven over een (recht op) schadevergoeding. De afhandeling door deze instanties heeft een filterende werking, in die zin dat nog maar een handjevol zaken bij de rechter terecht komt. Zowel de bemiddeling als de advisering door de *Patientenanwaltschaften* is voor de patiënt kosteloos. Ook het advies van een op initiatief van de *Patientenanwaltschaften* opgeroepen medische deskundige komt niet voor rekening van de patiënt. De procedure bij de *Schiedsstellen* is voor de patiënt eveneens kosteloos. Bovendien hebben in de *Schiedsstellen* medisch experts zitting en wordt bij onvoldoende medische kennis een medisch deskundige ingeschakeld. De patiënt betaalt dus alleen voor de eventuele kosten van een eigen advocaat.

Wat de materieelrechtelijke regeling van de behandelingsovereenkomst in Duitsland betreft zijn de verschillen met Nederland groter. Hoewel verhaal van schade evenzeer volgens het op een fout berustende civiele aansprakelijkheidsrecht geschiedt, wordt de materieelrechtelijke regeling gekenmerkt door de codificatie van in de rechtspraak veel gebruikte bewijsvermoedens. Onder bepaalde omstandigheden wordt een fout van de arts vermoed aanwezig te zijn en/of wordt een *condicio sine qua non*-verband tussen de fout en de schade van de patiënt vermoed aanwezig te zijn. Ook het proces dat moet worden gevolgd om verhaal van schade te effectueren toont verschillen. *Gutachterkommissionen* en *Schlichtungsstellen* brengen op voor de patiënt kosteloze wijze een deskundigenrapport respectievelijk een advies uit over het handelen van de arts. Het advies wordt in veel gevallen gevolgd en maakt daarmee een einde aan het proces. Slechts in een enkel geval volgt de gang naar de rechter.

Uit de analyse van het wetsvoorstel Wcz is gebleken dat, hoewel met het wetsvoorstel werd beoogd de patiënt een sterkere rechtspositie toe te kennen, er geen belangrijke verschillen zijn aan te wijzen met de wijze waarop onder vigeur van het BW schade kan worden verhaald. Nog steeds zou in de meeste gevallen een toerekenbare tekortkoming in een verplichting uit hoofde van de behandelingsovereenkomst als grondslag dienen, nu het wetsvoorstel Wcz het bestaan van een behandelingsovereenkomst tussen patiënt en arts of ziekenhuis onverlet zou laten. De andere grondslag betreft de onrechtmatige daad. De gelijke grondslagen in combinatie gezien met de materieelrechtelijke regeling van het wetsvoorstel en

de procesrechtelijke regel van bewijs leidt voorts tot de conclusie dat ook de bewijspositie van de cliënt onveranderd zou blijven. Wel zou een voorstel zoals neergelegd in artikel 21 Wcz – het recht om kennis te nemen van de aard en de toedracht van een incident – kunnen bijdragen aan de mogelijkheid om een fout van de arts of het ziekenhuis en het causaal verband met de schade aan te tonen: in het kader van de verzwaarde motiveringsplicht zal de zorgaanbieder onder meer het medisch dossier moeten overleggen, en ingevolge artikel 21 Wcz zou daarin de aard en de toedracht van het incident vermeld moeten staan.

Betrekkelijk nieuw – in Nederland bestaat immers reeds een Geschillencommissie Zorginstellingen – is de met de wetsvoorstellen Wcz en Wet kkgz voorgestelde procedure die ten overstaan van een geschilleninstantie zou kunnen worden gevoerd. Een voordeel van zo een procedure is de kosteloze beoordeling van de vordering tot vergoeding van schade. Een nadeel is dat er slechts over een maximumbedrag zou mogen worden geoordeeld, al zou dit bedrag (tot maximaal € 25.000) hoger liggen dan de € 5.000 waarover de huidige Geschillencommissie Zorginstellingen mag oordelen. Ook mag niet uit het oog worden verloren dat zo een geschilleninstantie op basis van het civiele recht zou moeten oordelen en dat voor de patiënt een zelfde bewijspositie zou blijven bestaan. Onduidelijk tot slot is in hoeverre met het voorstel de deskundigheid van de oordelende geschilleninstantie zou worden gewaarborgd – wie nemen er zitting? – en hoe zou worden omgegaan met het bewijsrecht – zou de patiënt de gelegenheid krijgen om een deskundige of getuigen te laten horen?

Uit de analyse van de wijze waarop verhaal van schade bij slachtoffers van arbeidsongevallen en verkeersongevallen geschiedt, is gebleken dat zowel de werknemer als kwetsbare verkeersdeelnemer bescherming wordt geboden door een van het gemene aansprakelijkheidsrecht – en dus ook van Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW – afwijkende regel voor het leveren van het bewijs van de normschending. In geval van arbeidsgerelateerde schade wordt aansprakelijkheid van de werkgever aangenomen, tenzij de werkgever aannemelijk maakt dat hij zijn zorgplicht is nagekomen. Wel is het aan de werknemer om de relatie tussen de arbeid en zijn schade aan te tonen. Voorts is sprake van een afwijkende regeling ter zake eigen schuld. Alleen opzet of grove roekeloosheid doet de schadevergoedingsplicht van de werkgever verminderen. In geval van verkeersgerelateerde schade van een kwetsbare verkeersdeelnemer rust op de eigenaar of houder van het motorrijtuig dat betrokken was bij het verkeersongeval een kwalitatieve aansprakelijkheid. De eigenaar of houder dient de schade van de kwetsbare verkeersdeelnemer te vergoeden, tenzij hij overmacht aannemelijk weet te maken. De analyse van de jurisprudentie leerde dat de eigenaar of houder daarin niet snel zal slagen. Evenmin zal een beroep op eigen schuld tot een vergaande vermindering van de schadevergoedingsplicht leiden, omdat in de jurisprudentie ter bescherming van het slachtoffer op de billijkheid gebaseerde regels zijn ontwikkeld met als gevolg dat de kwetsbare verkeersdeelnemer minimaal 50% (of 100% bij een kind jonger

dan veertien jaar) van zijn schade vergoed krijgt, tenzij opzet of grove roekeloosheid van het slachtoffer komt vast te staan.

Verhaal van schade in de praktijk gaat in beginsel op dezelfde wijze als bij het verhaal van zorggerelateerde schade. Opmerkelijke verschillen zijn gelegen in het feit dat op de ‘arbeids- en verkeersmarkt’ meerdere verzekeraars actief zijn evenals in het feit dat uit cijfers blijkt van een relatief hoger aantal ingediende vorderingen.

Tot welke waardering van de alternatieven en conclusie(s) een en ander leidt, volgt in het volgende, tevens laatste, deel van dit onderzoek.

DEEL VI

11 WAARDERING VAN DE ALTERNATIEVEN EN AANBEVELINGEN

11.1 INLEIDING

In het vijfde deel van het onderzoek heeft de vraag centraal gestaan welke alternatieven een oplossing kunnen bieden voor de aangetroffen obstakels bij het verhaal van zorggerelateerde schade. Ter beantwoording van de vraag zijn vier buitenlandse stelsels met betrekking tot verhaal van zorggerelateerde schade onderzocht: een *no fault* patiëntenverzekeringssysteem, een twee-sporensysteem met een *no fault* schadefonds, een aansprakelijkheidssysteem met een andere organisatie van de praktijk en een aansprakelijkheidssysteem met een wettelijke verankering van bewijsvermoedens. Voorts zijn drie binnenlandse alternatieven beschreven: het (oorspronkelijke) wetsvoorstel Wet cliëntenrechten zorg (Wcz) evenals zijn 'opvolger' het wetsvoorstel Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg (Wet kkgz), de wettelijke regeling ter zake het verhaal van arbeidsgelateerde schade en de wettelijke regeling ter zake het verhaal van verkeersgerelateerde schade. Tot slot is bezien op welke punten de alternatieven verschillen van Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW en het huidige (Nederlandse) proces dat moet worden gevolgd om het verhaal van schade te effectueren.

Uit de vergelijking met Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW en het (Nederlandse) proces dat moet worden gevolgd om het verhaal van schade te effectueren is gebleken dat tussen met name de materieelrechtelijke regeling van het Zweedse en het Belgische *no fault* systeem enerzijds en de materieelrechtelijke regeling van het civiele aansprakelijkheidssysteem van Nederland anderzijds in het oog springende verschillen bestaan. Op het eerste gezicht lijken deze *no fault* systemen ook daadwerkelijk voordelen te bieden voor het verhaal van zorggerelateerde schade. De beschreven alternatieve systemen die binnen het (op een fout berustende) civiele aansprakelijkheidsrecht blijven, tonen een minder grote afwijking, maar blijken op sommige punten evenzeer een voor de patiënt voordelige materieelrechtelijke regeling te kennen. Voorts is gebleken van verschillen wat de inrichting van de praktijk ter afwikkeling van zorggerelateerde schade betreft: Zweden, België, Oostenrijk en Duitsland kennen organisaties die speciaal zijn ingericht om zorggerelateerde vorderingen te beoordelen. In deze organisaties is zowel medische als juridische deskundigheid vertegenwoordigd. Nederland kent weliswaar de Geschillencommissie Zorginstellingen, doch haar werkwijze en inrichting is een andere. Vergelijkbaar met de Geschillencommissie Zorginstellingen is de met de wetsvoorstellen Wcz en Wet kkgz voorgestelde geschillenin-

stantie die over een vordering van de patiënt zou moeten gaan oordelen, maar ook deze wetsvoorstellen beogen dus een ‘speciale’ organisatie. Op het eerste gezicht lijkt de specialisatie en deskundigheid in één hand een positieve invloed te hebben op het verhaal van zorggerelateerde schade. Een en ander leidt mijns inziens tot de noodzaak om de volgende vragen te beantwoorden:

- Moet Nederland overstappen op een *no fault* systeem?
- Kan aan de knelpunten tegemoet worden gekomen door aanpassingen binnen het civiele aansprakelijkheidssysteem?
- Moet de praktijk van verhaal van zorggerelateerde schade op een andere wijze worden ingericht?

Ter beantwoording van deze vragen vindt tegen de achtergrond van de geformuleerde knelpunten ten eerste een waardering plaats van de voor- en nadelen van de Zweedse patiëntenverzekering en het Belgische schadevergoedingsfonds (par. 11.2). Daarna volgt een waardering van de voor- en nadelen van de onderzochte alternatieven die binnen het (op een fout berustende) civiele aansprakelijkheidsrecht blijven (par. 11.3). Vervolgens wordt gezien in hoeverre de praktijkrichtingen van Zweden, België, Oostenrijk, Duitsland en de wetsvoorstellen Wcz en Wet kkgz tegemoet komen aan de grootste knelpunten die zich in de Nederlandse praktijk van schadeafwikkeling openbaren (par. 11.4).

Als sluitstuk van het laatste deel van het onderzoek wordt een aantal aanbevelingen gedaan (par. 11.5).

Het hoofdstuk zelf wordt afgesloten met een (slotbeschouwing, tevens) eindconclusie (par. 11.6).

11.2 WAARDERING VAN ALTERNATIEVEN DIE UITGAAN VAN EEN NO FAULT SYSTEEM

Ter beantwoording van de eerste vraag wordt gezien in hoeverre de Zweedse patiëntenverzekering en het Belgische duale stelsel met de mogelijkheid van een uitkering uit het Fonds Medische Ongevallen (Fonds) tegemoet komen aan de grootste knelpunten die onder het Nederlandse civiele aansprakelijkheidssysteem aan het licht zijn gekomen: de bewijslastverdeling ter zake de normschending, het gebrek aan openheid over een fout of de aard en toedracht van een incident, de algemene formulering van de zorgvuldigheidsnorm en de bewijslastverdeling ter zake het *condicio sine qua non*-verband.¹

1 Zie voor de opsomming van de knelpunten hoofdstuk 9, par. 9.3.

Uit de beschrijving en analyse is gebleken dat zowel het Zweedse als het Belgische systeem belangrijke voordelen biedt als het gaat om het bewijs van de normschending door de arts. De Zweedse patiëntenverzekering kenmerkt zich door de afwezigheid van zo een bewijslast, omdat de patiënt recht heeft op een uitkering uit de patiëntenverzekering als zich een van de in de *Patientskadelag* genoemde gebeurtenissen heeft voorgedaan. Geen van deze gebeurtenissen vereist een (op schuld berustende) ‘fout’ van de arts.² Het Belgische duale stelsel met de mogelijkheid van een uitkering uit het Fonds kenmerkt zich door de mogelijkheid van een uitkering óók indien de schade van de patiënt het gevolg is van een medisch ongeval zonder dat aansprakelijkheid van de arts vast staat.³

Ook wat het knelpunt aangaande het gebrek aan openheid over een fout of de aard en toedracht van een incident betreft, blijken beide systemen een voordeel te bieden: omdat een normschending niet hoeft te worden aangetoond, is het van minder of geen belang om kennis te dragen van hetgeen zich heeft voorgedaan. Kennis over de toedracht is evenmin van belang voor het behoud van de relatie: omdat de uitkering uit de patiëntenverzekering dan wel het Fonds wordt verstrekt, staat het de arts en/of het ziekenhuis vrij om de patiënt straffeloos te wijzen op de veroorzaakte schade en hem te helpen bij verhaal van schade.⁴ Tot slot lijkt openheid over de toedracht ook van minder belang als zij wordt gezien tegen de achtergrond van de vraag of de producent of de hulpverlener moet of kan worden aangesproken voor de schade van de patiënt. Ingevolge de *Patientskadelag* valt het falen van een medisch hulpmiddel of medische apparatuur of het onjuiste gebruik ervan onder de dekking van de patiëntenverzekering. Dit lijkt geen ruimte te bieden voor een verwijzing naar de producent.⁵ Ingevolge de Wet Medische Ongevallen volgt geen uitkering als de schade is veroorzaakt door een medisch hulpmiddel, maar kan de beoordeling van de vordering door het Fonds wel behulpzaam zijn bij de beantwoording van de vraag of de patiënt een vordering heeft op de producent of op de hulpverlener; oordeelt het Fonds in zijn advies dat uit zijn onderzoek volgt dat de toedracht van de schade is gelegen in de gebrekkigheid van een medisch product en keert het om die reden niet uit, dan is het voor de patiënt (tijdig) duidelijk dat hij een vordering moet indienen bij de producent.⁶

2 Hoofdstuk 10, par. 10.2.1.1.

3 Hoofdstuk 10, par. 10.2.2.1.

4 Zie ook J.C.J. Dute, M.G. Faure en H. Koziol, *Onderzoek No-fault compensatiesysteem*, Reeks evaluatie regelgeving deel 13, Den Haag: Zonmw 2002, p. 198 en 231 en J.L. Smeehuijzen en A.J. Akkermans, ‘Medische aansprakelijkheid: over grote problemen haalbare verbeteringen en overschatten revoluties’, *Preadvies Vereniging voor Gezondheidsrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2013, p. 66-69. Smeehuijzen en Akkermans merken op dat er (nog) geen empirisch bewijs bestaat voor een positief effect van een *no fault* systeem op de relatie arts-patiënt.

5 Hoofdstuk 10, par. 10.2.1.1.

6 Hoofdstuk 10, par. 10.2.2.1. Zie in die zin ook H. Bocken e.a., *Vergoeding van slachtoffers van medische ongevallen*, Antwerpen-Cambridge: Intersentia 2011, p. 24.

Toch blijkt uit de analyse ook dat de andere knelpunten – een beoordeling aan de hand van een niet concreet omschreven norm en een beoordeling van het *condicio sine qua non*-verband als voorwaarde voor een vergoeding – overeind blijven.⁷ Zo vereist de meest frequent voorkomende beoordeling ter zake de vraag of een andere behandeling de schade van de patiënt had kunnen voorkomen – de in paragraaf 6 van de *Patientskadelag* onder 1 genoemde gebeurtenis – een beoordeling van de indicatie van de verrichte medische behandeling en een beoordeling van de juistheid van de gekozen behandelmethode. Maatstaf daarbij is (de beoordeling van) de ervaren specialist. Daarna resteert de beoordeling van de vermijdbaarheid van de schade door een andere behandeling. De patiënt moet aantonen dat zijn schade door een andere behandeling te vermijden was geweest.⁸ Uit deze wijze van beoordeling moet worden geconcludeerd dat, hoewel de Zweedse patiënt niet met het probleem kampt dat hij op basis van een niet concrete zorgvuldigheidsnorm de schending van die norm moet aantonen, hij wel een vergelijkbaar probleem heeft; de Zweedse patiënt moet op basis van een niet concrete norm aantonen dat – achteraf bezien – een andere behandeling de schade had voorkomen.⁹ Voor een uitkering uit het Fonds is vereist dat de patiënt ‘abnormale’ schade door de zorgverstrekking heeft ondervonden. ‘Abnormale schade’ is volgens haar definitie in de Wet Medische Ongevallen schade die zich niet had moeten voordoen, rekening houdend met de huidige stand van de wetenschap op het moment waarop de verstrekking van gezondheidszorg werd verricht, met de toestand van de patiënt en de objectief voorspelbare evolutie ervan. Ook in België is dus een beoordeling van de behandeling vereist, evenals een beoordeling van de hoegrootheid van de kans dat het risico op schade zich bij de desbetreffende patiënt zou verwezenlijken.¹⁰

Tevens blijkt van nieuwe bezwaren. Een eerste bezwaar – dat overigens inherent is aan een *no fault* systeem – houdt verband met de omstandigheid dat in situaties die niet door de *Patientskadelag* respectievelijk de Wet Medische Ongevallen worden bestreken geen uitkering kan volgen. De *Patientskadelag* beschrijft zes gebeurtenissen.¹¹ Patiënten die door een ander incident schade lijden worden niet beschermd.

7 Dit probleem werd ook reeds gesignaleerd door Hartlief, zie T. Hartlief, *Ieder draagt zijn eigen schade: enige opmerkingen over de fundamenteën van en ontwikkelingen in het aansprakelijkheidsrecht* (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 1997, p. 60-61. Zie in gelijke zin ook J.L. Smeehuijzen en A.J. Akkermans, ‘Medische aansprakelijkheid: over grote problemen haalbare verbeteringen en overschatten revoluties’, *Preadvies Vereniging voor Gezondheidsrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2013, p. 60-63.

8 Hoofdstuk 10, par. 10.2.1.1.

9 Hoofdstuk 10, par. 10.2.1.1.

10 Hoofdstuk 10, par. 10.2.2.1.

11 Hoofdstuk 10, par. 10.2.1.1.

In dit verband wordt tevens opgemerkt dat uit de laatste evaluatie van de Wet medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen (WMO)¹² – welke wet voor deze specifieke groep van patiënten een *no fault* systeem kent dat vergelijkbaar is met de patiëntenverzekering van Zweden – de lering kan worden getrokken dat de dekking niet zo strikt dient te worden geformuleerd dat uitkering in vrijwel geen enkel geval plaatsvindt.¹³

De Wet Medische Ongevallen vereist dat de schade ‘ernstig’ is wil een uitkering zonder aansprakelijkheid kunnen volgen.¹⁴ Is de schade niet ‘ernstig’ in de zin van de wet, dan maakt de patiënt geen aanspraak op een uitkering uit het Fonds. In België leidt deze voorwaarde er naar verwachting toe dat bij een ongeval zonder aansprakelijkheid slechts 80 patiënten een vergoeding uit het Fonds krijgen.¹⁵ De ‘winst’ van het Fonds is in die zin dus niet opmerkelijk te noemen. Ook in België zelf is dit euvel geduid.

Kritiek op dit punt is afkomstig van de Koninklijke Academie voor Geneeskunde, die opmerkt dat het aantal patiënten dat jaarlijks zou worden gecompenseerd uit het Fonds zonder dat van aansprakelijkheid sprake is, in schril contrast staat met zowel de beoogde laagdrempeligheid van het Fonds als met het aantal medewerkers van het Fonds.¹⁶ De oorzaak is volgens de Academie gelegen in de te hoge drempel alleen uit te keren als de schade ernstig genoeg is. De criteria zouden naar beneden toe moeten worden bijgesteld, zodat bijvoorbeeld ook een uitkering mogelijk is bij een gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid van zes maanden. Ook zou een vergoeding mogelijk moeten zijn voor schade veroorzaakt door het gebruik van een ongeschikt medisch product.

Een tweede bezwaar dat met name op een patiëntenverzekeringssysteem ziet, is de vereiste aanwezigheid van meerdere met elkaar concurrerende verzekeraars. In een onderzoek naar de mogelijkheden van een verplichte (patiënten)verzekering bij medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen is melding gemaakt van het gevaar dat bij een dergelijke verplichte verzekering de overheid volledig afhankelijk zou zijn van de verzekeringsmarkt; verzekeraars zouden feitelijk kunnen beslissen of bepaald onderzoek al dan niet wordt

12 Wet van 26 februari 1998, Stb. 1998, 161, laatstelijk gewijzigd bij Wet van 2 februari 2012, Stb. 2012, 70, Inwerkingtredingsbesluit van 6 juni 2012, Stb. 2012, 264.

13 Zie voor de evaluatie van de WMO: M.J. Stukart e.a., Tweede evaluatie Wet medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen, Reeks evaluatie regelgeving deel 30, Den Haag: Zonmw 2012, p. 173.

14 Hoofdstuk 10, par. 10.2.2.1.

15 Hoofdstuk 10, par. 10.2.2.2.

16 Koninklijke Academie voor Geneeskunde, Advies 2 juni 2012, gepubliceerd op haar website <www.zorgen-gezondheid.be>.

uitgevoerd.¹⁷ Zo een situatie zou alleen aanvaardbaar zijn wanneer er, net zoals in Zweden, voldoende concurrentie bestaat op de verzekeringsmarkt en potentiële verzekerden bij verschillende verzekeraars naar dekking op zoek kunnen gaan. Die concurrentie is er echter nauwelijks in geval van twee beroepsaansprakelijkheidsverzekeraars, zoals in Nederland. Dit neemt niet weg dat in het geval daadwerkelijk zou worden overgegaan op een patiëntenverzekeringssysteem de verzekeringsmarkt kan veranderen en dat zo beschouwd het bezwaar niet noodzakelijkerwijs stand hoeft te houden. Daartoe zou nader onderzoek nodig zijn. Ook voor een fondssysteem zou moeten worden onderzocht of financiering door twee aansprakelijkheidsverzekeraars gewenst is en of bijvoorbeeld een fonds gevuld met geldstromen afkomstig van *zorg*verzekeraars niet een beter alternatief zou zijn.

Andere bezwaren die van oudsher tegen een *no fault* systeem worden aangevoerd zien op de omstandigheid dat er geen volledige vergoeding wordt uitgekeerd, op de mate waarin van een dergelijk stelsel een prikkel tot preventie zou uitgaan, op de financiële haalbaarheid van het systeem en op de onverenigbaarheid met het gelijkheidsbeginsel.¹⁸ Het zijn ook deze argumenten die tot nu toe in de weg hebben gestaan aan de invoering van een *no fault* systeem in Nederland, ondanks dat er meer dan eens is nagedacht over de invoering van zo een systeem.¹⁹ Tamelijk recent nog wees de Minister van VWS erop dat zij geen reden ziet om het aansprakelijkheidsrecht te verlaten en een fonds op te richten,²⁰ hoewel in de Tweede Kamer ook andere geluiden opgaan.

In augustus 2012 verscheen bijvoorbeeld een persbericht over een initiatiefvoorstel door SP-Kamerlid Leijten dat betrekking zou hebben op een compensatiefonds.²¹ Het fonds zou een onderdeel moeten worden van de Inspectie voor de

17 M.G. Faure en T. Hartlief, 'Analyse van de problemen op de Nederlandse verzekeringsmarkt met de WMO' in: J.C.J. Dute en M.G. Faure, Evaluatie Tijdelijk besluit verplichte verzekering bij medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen, Den Haag: Zonmw 2002, p. 181-208.

18 J.C.J. Dute, M.G. Faure en H. Koziol, Onderzoek No-fault compensatiesysteem, Reeks evaluatie regelgeving deel 13, Den Haag: Zonmw 2002, p. 8 en 228. Zie voor deze bezwaren ook T. Hartlief, Ieder draagt zijn eigen schade: enige opmerkingen over de fundamente van en ontwikkelingen in het aansprakelijkheidsrecht (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 1997, p. 61 (met voorbeelden betreffend het milieuschadefonds en het asbestfonds) en T. Vansweevelt, Ontwikkelingen rond medische aansprakelijkheid in België, Preadvies Vereniging voor Gezondheidsrecht, Den Haag: Sdu Uitgevers 2013, p. 95.

19 Zie bijvoorbeeld B.A.J.M. de Mol, Medisch Letsel in het ziekenhuis No Faultverzekering, een verkennende studie (diss. Rotterdam), 1988. De gedachte kwam voorts in 1995 op naar aanleiding van het rapport van de Nationale ombudsman over de rol van de overheid bij HIV besmette hemofiliepatiënten als gevolg van toediening van besmette bloedproducten, Rapport van 18 juli 1995, nummer 95/271.

20 Reactie Minister Schippers d.d. 9 februari 2011 in antwoord op vragen van het Kamerlid Leijten (SP) d.d. 2 december 2010 over een medisch letselschade fonds (2010Z18345), zie Aanhangsel van de handelingen II 2010/11, nr. 1371, evenals de brief van Minister Schippers van 10 oktober 2011, Kamerstukken II 2011/12, 31765, nr. 52, p. 2.

21 Zie het bericht op de website van de SP <www.sp.nl> d.d. 28 augustus 2012.

Gezondheidszorg en worden opgestart met € 100 miljoen. De uitvoeringskosten zullen ongeveer € 10 miljoen bedragen en voor het uitkeren van compensatie wil de SP een bijdrage van € 100 miljoen van de verzekeraars die medisch letsel verzekeren. Navraag leerde dat de SP (Kamerleden Leijten en Van Gerven) inderdaad bezig is met een initiatiefwet om medische fouten te compenseren door middel van een fonds. Het wetsvoorstel behoeft nog nadere ontwikkeling en dient het gehele wetstraject af te leggen.²² Duidelijk is inmiddels wel dat het voorstel beoogt een vergoeding toe te kennen aan patiënten die aan de geneeskundige behandeling onvoorzien blijvend letsel hebben overgehouden ongeacht aansprakelijkheid van de hulpverlener.²³

Recent onderzoek naar een onderbouwing van deze bezwaren is niet voorhanden. Bevestigd kan echter worden dat een *no fault* systeem mogelijk in de weg staat aan een volledige uitkering. Zo kent de Zweedse patiëntenverzekering een maximale uitkering van ongeveer € 1.000.000 per schadegeval.²⁴ In de meeste gevallen echter zal het bedrag toereikend zijn en past een beperking ook overigens bij de beoogde eenvoud van verhaal van schade. Bovendien brengt het civiele aansprakelijkheidsrecht ook niet altijd mee dat het te betalen bedrag toereikend is om de werkelijke schade te compenseren, al is het uitgangspunt volledige vergoeding. De vergoeding is immers veelal een resultante van een afweging van de kosten en mogelijk te bereiken baten, welke afweging deel uitmaakt van de onderhandelingen tussen de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar van de hulpverlener en de belangenbehartiger van de patiënt.²⁵

Het bezwaar van de matige preventieve werking voorts blijkt ingevolge al wat ouder Nederlands onderzoek naar *no fault* systemen met name van rechtseconomen afkomstig.²⁶ Alleen het civiele aansprakelijkheidsrecht zou potentiële schadeveroorzakers stimuleren om de nadelige gevolgen van hun optreden in hun beslissing te betrekken, waardoor zij zich zouden inspannen om schade te voorkomen. Desalniettemin blijkt uit datzelfde onderzoek dat louter het (ontbreken van het) preventieve effect niet een voldoende reden is om niet te kiezen voor een *no fault* systeem.²⁷ Uit Amerikaans onderzoek zou namelijk blijken dat een *no fault* systeem juist kan bijdragen aan kwaliteitshandhaving- en bevordering, hetgeen de reden is dat de Verenigde Staten en de Scandinavische landen voor een

22 Bericht Fractiemedewerker SP Tweede Kamer d.d. 28 november 2012.

23 Concept Initiatiefwet Medisch Letselschade Fonds Leijten-Van Gerven d.d. 7 juni 2013.

24 Hoofdstuk 10, par. 10.2.1.1.

25 Hoofdstuk 8, par. 8.2.1.1 en 8.2.2.1.

26 J.C.J. Dute, M.G. Faure en H. Koziol, Onderzoek No-fault compensatiesysteem, Reeks evaluatie regelgeving deel 13, Den Haag: Zonmw 2002, p. 13-90 en 230.

27 J.C.J. Dute, M.G. Faure en H. Koziol, Onderzoek No-fault compensatiesysteem, Reeks evaluatie regelgeving deel 13, Den Haag: Zonmw 2002, p. 38-40, 194-196 en 230.

patiëntenverzekering hebben gekozen.²⁸ Tot slot kan een regresmogelijkheid van de uitkerende verzekeraar op de hulpverlener het bezwaar wegnemen.²⁹

Juist is voorts het bezwaar dat een *no fault* systeem tot hogere kosten kan leiden. Zou bijvoorbeeld het Zweedse systeem in Nederland worden ingevoerd, dan zou dat leiden tot het betalen van een vergoeding in ongeveer zes keer zoveel gevallen. Dit zou vervolgens leiden tot een totale schadelast die eveneens ongeveer zes keer zo groot is en uitkomen op een bedrag van € 50 tot € 100 miljoen, zo blijkt uit het Nederlandse onderzoek naar *no fault* systemen waaraan reeds werd gerefereerd.³⁰ In het onderzoek naar *no fault* systemen wordt echter mijns inziens terecht opgemerkt dat een besparing kan plaatsvinden op de transactiekosten (de buitengerechtelijke kosten en de kosten van de zorgverlener). Ook is mijns inziens terecht de vraag gesteld of het zo bezwaarlijk is dat de kosten van een *no fault* systeem hoger liggen dan die van een aansprakelijkheidssysteem. Doel van een *no fault* systeem is immers juist een oplossing te bieden voor de bestaande ondercompensatie.³¹

Tot slot blijkt dat met de invoering van een *no fault* compensatiesysteem in Nederland een onderscheid zou worden gemaakt tussen patiënten en slachtoffers van bijvoorbeeld een arbeidsongeval of een verkeersongeval; voor hen geldt immers het civiele aansprakelijkheidssysteem. Het bezwaar van de onverenigbaarheid van een *no fault* systeem met het gelijkheidsbeginsel treft dus doel. Uit het eerder genoemde Nederlandse onderzoek naar *no fault* systemen kan worden opgemaakt dat een objectieve rechtvaardiging voor een onderscheid zou kunnen worden gevonden in het feit dat de patiënt feitelijk in een slechtere positie verkeert dan andere slachtoffers, omdat patiënten bij het verhaal van schade met problemen te maken hebben die in mindere mate gelden voor deze andere slachtoffers.³² Toch meen ik dat deze conclusie niet kan worden gevolgd.³³ Mijns inziens zou de (ten

28 J.C.J. Dute, M.G. Faure en H. Koziol, Onderzoek No-fault compensatiesysteem, Reeks evaluatie regelgeving deel 13, Den Haag: Zonmw 2002, p. 184.

29 J.C.J. Dute, M.G. Faure en H. Koziol, Onderzoek No-fault compensatiesysteem, Reeks evaluatie regelgeving deel 13, Den Haag: Zonmw 2002, p. 110.

30 J.C.J. Dute, M.G. Faure en H. Koziol, Onderzoek No-fault compensatiesysteem, Reeks evaluatie regelgeving deel 13, Den Haag: Zonmw 2002, p. 188. De geschatte schadelast van het Nederlandse aansprakelijkheidssysteem ligt tussen de € 11 en € 17 miljoen, aldus J.C.J. Dute, M.G. Faure en H. Koziol, Onderzoek No-fault compensatiesysteem, Reeks evaluatie regelgeving deel 13, Den Haag: Zonmw 2002, p. 189. De kostprijs van het Belgische fondssysteem wordt geschat op € 17 tot € 22 miljoen, doch het aantal patiënten dat een uitkering uit het fonds krijgt ligt lager dan het aantal patiënten dat in Nederland een vergoeding krijgt.

31 J.C.J. Dute, M.G. Faure en H. Koziol, Onderzoek No-fault compensatiesysteem, Reeks evaluatie regelgeving deel 13, Den Haag: Zonmw 2002, p. 188, 207-208 en 231. Zie over het kostenaspect in een vergelijkend perspectief ook R.M.P.P. Cascão, *Prevention and Compensation of Treatment Injury: A Roadmap for Reform* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, p. 100-105.

32 J.C.J. Dute, M.G. Faure en H. Koziol, Onderzoek No-fault compensatiesysteem, Reeks evaluatie regelgeving deel 13, Den Haag: Zonmw 2002, p. 201-202 en 232.

33 Zie voor het bezwaar van ongelijkheid ook T. Hartlief, *Ieder draagt zijn eigen schade: enige opmerkingen over de fundamentele van en ontwikkelingen in het aansprakelijkheidsrecht* (oratie Leiden), Deventer: Kluwer

opzichte van slachtoffers van andere ongevallen) slechtere positie van de patiënt hooguit rechtvaardigen dat patiënten in *een zelfde* positie worden geplaatst als slachtoffers van andere ongevallen.³⁴ Dit laatste, mede in samenhang gezien met het feit dat niet alle knelpunten door een *no fault* systeem worden weggenomen, brengt mij tot de voorzichtige conclusie dat wanneer door een aanpassing binnen het civiele aansprakelijkheidsrecht op min of meer dezelfde wijze tegemoet kan worden gekomen aan de knelpunten, zo een aanpassing de voorkeur geniet. Om die reden wordt hierna gezien of de positie van de patiënt kan worden verbeterd door een alternatief dat binnen het (op een fout berustende) civiele aansprakelijkheidsrecht blijft en dat tegelijkertijd op hoofdlijnen in overeenstemming is met de wijze waarop andere groepen slachtoffers in Nederland hun recht kunnen halen.

11.3 WAARDERING VAN DE ALTERNATIEVEN DIE UITGAAN VAN EEN OP FOUT GEBASEERDE AANSPRAKELIJKHEID

Ter beantwoording van de tweede vraag wordt opnieuw gezien in hoeverre tegemoet wordt gekomen aan de grootste knelpunten die onder het Nederlandse civiele aansprakelijkheids-systeem aan het licht zijn gekomen: de bewijslastverdeling ter zake de normschending, het gebrek aan openheid over een fout of de aard en toedracht van een incident, de algemene formulering van de zorgvuldigheidsnorm en de bewijslastverdeling ter zake het *condicio sine qua non*-verband.³⁵ Onderwerp van de waardering zijn het Oostenrijkse aansprakelijkheidssysteem, het Duitse aansprakelijkheidssysteem, het wetsvoorstel Wet cliëntenrechten zorg (Wcz) en de wettelijke regelingen ter zake het verhaal van arbeidsgerelateerde schade en verkeersgerelateerde schade.

Uit de beschrijving en analyse van de relevante bepalingen uit het Oostenrijkse *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* (ABGB) is gebleken dat de patiënt twee voordelen in de bewijs(last)sfeer worden geboden. Een eerste voordeel is gelegen in de omstandigheid dat wanneer de arts verzuimt om verrichtingen te noteren en de behandeling tot schade heeft geleid de rechter doorgaans het vermoeden aanneemt dat de arts een fout heeft gemaakt, wat dus een positieve uitgangspositie is voor de patiënt.³⁶ Ook gunstig voor de patiënt is de bewijslastverdeling bij de schending van de informatieplicht (*Aufklärungsfehler*). De

1997, p. 61-62 en 69 en J.L. Smeehuijzen en A.J. Akkermans, 'Medische aansprakelijkheid: over grote problemen haalbare verbeteringen en overschatten revoluties', Preadvies Vereniging voor Gezondheidsrecht, Den Haag: Sdu Uitgevers 2013, p. 61-62.

34 Zie ook (zij het in een iets andere context) T. Hartlief, Ieder draagt zijn eigen schade: enige opmerkingen over de fundamentele van en ontwikkelingen in het aansprakelijkheidsrecht (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 1997, p. 69: gelijke gevallen verdienen een gelijke behandeling.

35 Zie voor de opsomming van de knelpunten hoofdstuk 9, par. 9.3.

36 Hoofdstuk 10, par. 10.2.3.1.

patiënt moet de schending van deze plicht bewijzen, maar kan de arts niet aantonen – bij hem ligt dus de bewijslast – dat de patiënt, ware hij goed geïnformeerd, zou hebben ingestemd met de behandeling zoals verricht, dan is hij aansprakelijk voor de gezondheidsschade die uit de behandeling voortvloeit.³⁷ Desalniettemin is uitgangspunt dat de patiënt moet stellen en bewijzen dat de arts in strijd heeft gehandeld met de professionele standaard en moet stellen en bewijzen dat zijn schade zonder die normschending niet zou zijn ingetreden;³⁸ over het algemeen is verhaal van schade dan ook niet veel eenvoudiger dan in Nederland.

Ook uit de beschrijving en analyse van het Duitse *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) is gebleken dat het, net als onder het Oostenrijkse ABGB en het Nederlandse BW, in beginsel aan de patiënt is om de normschending en het *condicio sine qua non*-verband met de schade te stellen en, bij betwisting, te bewijzen. Opmerkelijk (anders) is echter de nieuwe titel in Boek 2 van het BGB, waarin een aantal bewijsvermoedens is geformuleerd (§ 630h BGB). Zo is het bewijsvermoeden opgenomen dat in geval van ‘vermijdbare schade’ wordt uitgegaan van een tekortkoming van de arts.³⁹ Hoewel de arts tegenbewijs mag leveren, heeft de patiënt dus een bewijsrechtelijk voordeel. Een ander bewijsrechtelijk voordeel voor de patiënt is gelegen in de bewijslastverdeling ten aanzien van de nakoming van de informatieplicht en de voor de behandeling gegeven toestemming. Niet de patiënt moet aantonen dat de informatieplicht is geschonden en dat hij, ware hij goed geïnformeerd, voor een andere behandeling had gekozen, maar de arts moet aantonen dat hij de patiënt goed heeft geïnformeerd en dat de patiënt heeft ingestemd met de behandeling. Net als onder het Oostenrijkse aansprakelijkheidssysteem wordt aansprakelijkheid voor de gezondheidsschade die uit de behandeling voortvloeit aangenomen, tenzij de arts aantoont dat de patiënt ook bij voldoende informatie had ingestemd met de behandeling.⁴⁰ Een bewijsrechtelijk voordeel brengt ook het bewijsvermoeden met zich dat op de beschrijving van een handeling in het medisch dossier ziet. De handeling wordt vermoed niet te zijn verricht als zij niet genoteerd staat. Het is aannemelijk dat wanneer zo een bewijsvermoeden niet kan worden ontkracht, een tekortkoming wordt aangenomen, zeker als het om een belangrijk onderdeel van de behandeling gaat. Ook wat het knelpunt aangaande de bewijslast van het *condicio sine qua non*-verband betreft, wordt de patiënt enigszins tegemoet gekomen: er is een tweetal bewijsvermoedens geformuleerd die de patiënt op dit punt een bewijsrechtelijk voordeel bieden. Het Duitse alternatief komt aldus in enige mate tegemoet aan de genoemde knel-

37 Zie over *informed consent* nader B.A. Koch, ‘Medical Liability in Austria’ in: B.A. Koch e.a., *Medical Liability in Europe*, Berlijn: De Gruyter 2011, p. 25-26 en A. Leischner, *Medical Law in Austria*, Alphen aan den Rijn: Kluwer International 2011, nr. 131. Behandelen zonder toestemming van de patiënt is strafbaar gesteld in § 110 *Strafgesetzbuch*.

38 Hoofdstuk 10, par. 10.2.3.1.

39 Hoofdstuk 10, par. 10.2.4.1.

40 Hoofdstuk 10, par. 10.2.4.1.

punten. Ik benadruk echter ‘in enige mate’, want een bezwaar is dat de patiënt – wil hij voordeel genieten van het bewijsvermoeden ter zake de tekortkoming – moet aantonen dat zich een ‘vermijdbaar risico’ heeft verwezenlijkt, hetgeen een lastige opgave kan zijn, zo leerde de analyse van het Zweedse systeem dat ook van een te vermijden risico uitgaat.⁴¹ Een tweede kanttekening betreft de bewijsrechtelijke voordelen bij het aantonen van het causaal verband: de voordelen bieden alleen soelaas als de patiënt kan bewijzen dat ofwel de hulpverlener niet bevoegd was de behandeling te verrichten ofwel sprake was van een grove behandelingsfout die geëigend was om de schade te veroorzaken.⁴²

Een afwijkende regeling aangaande het bewijs van de normschending kenmerkt ook het verhaal van arbeidsgerelateerde schade. Artikel 7:658 BW gaat echter verder dan het Duitse alternatief: in geval van arbeidsgerelateerde schade – de beperking dat het moet gaan om *vermijdbare* schade zoals het Duitse recht vereist, geldt niet – wordt aansprakelijkheid van de werkgever aangenomen, tenzij de werkgever aannemelijk maakt dat hij zijn zorgplicht is nagekomen. Hoewel de aansprakelijkheid van de werkgever voor arbeidsgerelateerde schade, net zoals de aansprakelijkheid van de hulpverlener voor zorggerelateerde schade, wordt vastgesteld door een beoordeling van de schending van de zorgplicht,⁴³ kampt de werknemer dus niet met het probleem dat hij op basis van een algemeen geformuleerde norm en onwetendheid over de invulling van die norm, de schending ervan moet aantonen. Openheid over de aard en toedracht van het arbeidsongeval is daarmee vooral in het belang van de werkgever. De werkgever zal immers moeten onderzoeken wat de toedracht is geweest, welke normen hadden moeten worden nageleefd en welke veiligheidsmaatregelen hadden moeten worden getroffen. Onduidelijkheid komt voor zijn risico.⁴⁴ Zou zo een materieelrechtelijke bepaling ook voor de patiënt gelden, dan betekent dit dat het belangrijke knelpunt aangaande de bewijslastverdeling ter zake de normschending goeddeels wordt ondervangen, evenals het knelpunt aangaande de openheid over de aard en toedracht van een incident. Het is vervolgens wel de vraag of een werknemer kan worden vergeleken met een patiënt; verdient een patiënt net zo veel bescherming als een werknemer? Kritiek op dit punt is mogelijk en door mij in ogenschouw genomen. Desondanks wil ik de vraag positief beantwoorden en daarvoor doorslaggevende betekenis toekennen aan de omstandigheid dat in beide gevallen doorgaans sprake is van een contractuele rechtsverhouding tussen de potentieel gelaedeerde en de potentieel aansprakelijke partij en dat zowel de werkgever als de hulpverlener voor een veilige – door hem te beïnvloeden – omgeving moet zorgen, teneinde (gezondheids)schade zo veel mogelijk te voorkomen. Voorts beschikt de hulpverlener, net als de werkgever, over kennis aangaande de na te

41 Hoofdstuk 10, par. 10.2.1.1.

42 Hoofdstuk 10, par. 10.2.4.1.

43 Hoofdstuk 10, par. 10.3.2.1.

44 Hoofdstuk 10, par. 10.3.2.1.

leven normen en veiligheidsmaatregelen. Daar komt bij dat de hulpverlener over kennis beschikt (of kan beschikken) aangaande de wijze waarop de behandeling in het concrete geval is verricht; waar een werkgever vaak niet aanwezig is op het moment van een arbeidsongeval is de hulpverlener per definitie wel aanwezig bij de behandeling van zijn patiënt. Het standpunt dat een herverdeling van de bewijslast conform die van de werkgeversaansprakelijkheid de hulpverlener in (onredelijke) bewijsnood zou brengen, deel ik dan ook niet.⁴⁵

Terzijde zij nog opgemerkt dat in het geval de overheid een norm lijkt te hebben geschonden en over de bewijsmiddelen dienaangaande beschikt het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) ervan uitgaat dat op *de overheid* de last rust om met een bevredigende en overtuigende verklaring te komen. Doorgaans overweegt het EHRM dan als volgt: ‘Where the events in issue lie wholly, or in large part, within the exclusive knowledge of the authorities, as in the case of persons within their control in custody, strong presumptions of fact will arise in respect of injuries and death occurring during such detention. Indeed, the burden of proof may be regarded as resting on the authorities to provide a satisfactory and convincing explanation.’⁴⁶ Wederom is kritiek mogelijk en onderken ik dat de overheid niet zonder meer vergelijkbaar is met de hulpverlener. Wel blijkt hieruit de rechtvaardiging voor een herverdeling van de bewijslast in die gevallen waarin een onwetende gelaedeerde verhaal moet halen op een deskundige wederpartij die invloed kan hebben op de (gezondheids)situatie van de potentieel gelaedeerde.⁴⁷

Een ‘echt’ bezwaar van het alternatief daarentegen is dat het aan de werknemer is om de relatie tussen de arbeid en zijn schade aan te tonen.⁴⁸ Dit laatste kan problematisch zijn wanneer niet op voorhand duidelijk is dat de gezondheidsschade van de werknemer haar oorsprong vindt in de werkomstandigheden (bijvoorbeeld in geval van een beroepsziekte). Gezien de overeenkomsten met de gezondheidsschade van de patiënt (de patiënt is reeds ziek, het menselijk lichaam is een ongewisse factor in het genezingsproces) is het meer dan aannemelijk dat ook de patiënt met een zelfde probleem wordt geconfronteerd en dat met

45 Het standpunt is afkomstig van beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar MediRisk naar aanleiding van de initiatiefnota van 29 november 2012 van de Kamerleden Van Veen en Mulder (VVD) en het door hen georganiseerde Symposium ‘Patiëntveiligheid’, dat plaatsvond op 25 februari 2013. Zie ook de bijdrage van H. van der Weide in het *VOZ Magazine*, april 2013, p. 48-52.

46 EHRM 27 juni 2000, zaaknr. 21986/93, par. 100 (Salman/Turkije) en EHRM 2 november 2004, zaaknr. 32446/96, par. 44 (Abdülşamet Yaman/Turkije).

47 Zie voor diezelfde vergelijking A.C. Hendriks, ‘Europeesrechtelijke ontwikkelingen rond medische aansprakelijkheid’, Jaarrede Vereniging voor Gezondheidsrecht 2013.

48 Hoofdstuk 10, par. 10.3.2.1.

een vergelijkbare materieelrechtelijke bepaling dus niet tegemoet wordt gekomen aan het knelpunt ter zake het bewijs van het *condicio sine qua non*-verband.⁴⁹ In deze situaties zal de patiënt vooral gebaat zijn bij een handvat als de omkeringsregel. De analyse van de jurisprudentie inzake arbeidsgerelateerde schade toonde immers dat wanneer de werknemer kan bewijzen dat hij gedurende de uitoefening van zijn werkzaamheden (feitelijk) is blootgesteld aan risico's voor de gezondheid, die zijn gezondheidsklachten *kunnen* veroorzaken, uitgegaan wordt van het vermoeden van een causaal verband tussen de schending van de zorgplicht en de schade, als de werkgever niet (tegelijktijd) kan aantonen dat hij aan zijn verplichtingen heeft voldaan. Dit betekent echter wel dat de patiënt min of meer gedwongen wordt om zijn pijlen mede te richten op een concrete omschrijving van de inhoud van de zorgplicht en een concrete beschrijving van de omstandigheden waaronder de geneeskundige behandeling heeft plaatsgevonden,⁵⁰ terwijl gebleken is dat het ontbreken van een concrete formulering van de zorgplicht een knelpunt is net zozeer als het gebrek aan openheid over hetgeen zich tijdens de geneeskundige behandeling heeft afgespeeld dat is. Met andere woorden: er is een oplossing voor de bewijslastverdeling ter zake de normschending, maar geen oplossing voor de bewijslastverdeling ter zake het *condicio sine qua non*-verband, welk probleem overigens ook niet met een *no fault* systeem wordt opgelost. Zou Nederland willen opteren voor een alternatief vergelijkbaar met het verhaal van arbeidsgerelateerde schade, dan zouden de knelpunten aangaande de formulering van de norm en de openheid een aanvullende oplossing behoeven.

Is de wijze waarop verkeersgerelateerde schade kan worden verhaald dan een beter alternatief? Uit de beschrijving en analyse van het verhaal van verkeersgerelateerde schade is gebleken dat in het bijzonder de kwetsbare, ongemotoriseerde, verkeersdeelnemer bescherming wordt geboden door een kwalitatieve aansprakelijkheid van de eigenaar of houder van het gemotoriseerde voertuig dat de gezondheidsschade veroorzaakte en dat het ongemotoriseerde slachtoffer van een verkeersongeval – net als het slachtoffer van een arbeidsongeval – kan profiteren van een gunstige bewijslastverdeling.⁵¹ Hoewel dit niet wegneemt dat ook de kwetsbare verkeersdeelnemer een causaal verband tussen het verkeersongeval en zijn schade moet aantonen, hetgeen met name lastig kan zijn wanneer de klachten zich niet laten objectiveren,⁵² speelt daarnaast in (veel) mindere mate het probleem dat de na te leven norm niet concreet is en speelt ook het probleem van een gebrek aan openheid over de aard en toedracht van het ongeval niet of in mindere mate. Verkeersregels

49 Kritiek op een herverdeling van de bewijslast vanwege dit punt wordt geleverd door J.L. Smeehuijzen en A.J. Akkermans, 'Medische aansprakelijkheid: over grote problemen haalbare verbeteringen en overschatten revoluties', Preadvies Vereniging voor Gezondheidsrecht, Den Haag: Sdu Uitgevers 2013, p. 75.

50 Hoofdstuk 10, par. 10.3.2.1.

51 Hoofdstuk 10, par. 10.3.3.1.

52 Hoofdstuk 10, par. 10.3.3.1.

zijn wettelijk verankerd en de toedracht van het ongeval blijkt veelal uit het (zo mogelijk) tussen partijen getekende schadeformulier, het proces-verbaal van politie of een ongevals-reconstructie. Zou een en ander ook voor het verhaal van zorggerelateerde schade gelden, dan zou dus niet alleen het belangrijke knelpunt aangaande de bewijslastverdeling ter zake de normschending goeddeels wordt ondervangen, maar kan in veel gevallen ook worden geprofitteerd van een handvat als de omkeringsregel bij het aantonen van het *condicio sine qua non*-verband.

Een (cruciaal) bezwaar van het alternatief is echter dat het verhaal van verkeersslachtoffers zich op een aantal punten minder goed laat vergelijken met het verhaal van zorggerelateerde schade, althans dat het alternatief niet goed past gezien de aard van de aansprakelijkheid in relatie tot het soort gevaar wat in het leven wordt geroepen en de relatie tussen de schadeveroorzaker en de gedupeerde. Zo is een kwalitatieve aansprakelijkheid gerechtvaardigd wanneer er geen relatie bestaat met het (potentiële) slachtoffer, doch de eigenaar van de zaak een gevaar in het leven roept voor personen die met deze gevaarlijke zaak te maken kunnen krijgen. Een hulpverlener heeft echter doorgaans een contractuele relatie met het (potentiële) slachtoffer en daarnaast is het niet het bezit van een gevaarlijke zaak dat risico's met zich brengt, doch de omstandigheid dat hij zich mogelijk niet voldoende inspant. Voorts leent de hoeveelheid van geneeskundige behandelingen en mogelijke gevaren zich minder goed voor een concrete opsomming in de wet dan verkeersregels en lijken schade-formulieren, processen-verbaal en reconstructies geen vanzelfsprekende oplossing voor het gebrek aan openheid onder hulpverleners. Het geeft echter te denken of er niet vergelijkbare oplossingen zijn voor de geneeskundige behandeling die bovendien zouden kunnen aansluiten bij het – op het verhaal van zorggerelateerde schade beter passende, maar op deze punten ontoereikende – alternatief betreffende het verhaal van arbeidsgerelateerde schade.

Een suggestie als hiervoor ligt voor de hand, gezien de beschrijving en analyse van de Wcz. Niettegenstaande het feit dat het wetsvoorstel Wcz niet tegemoet komt aan de knelpunten ter zake de bewijslastverdeling, lijkt het wetsvoorstel (en zijn wijzigingen) namelijk te kunnen bijdragen aan een nadere concretisering van de door de hulpverlener na te leven zorgvuldigheidsnorm en aan het bevorderen van openheid over de aard en toedracht van incidenten, wat een positieve uitwerking kan hebben op de mogelijkheid om een *condicio sine qua non*-verband aan te tonen. Gedoeld wordt op de eerste wijziging van de Wcz – welk voorstel zal worden voortgezet als een wijziging van de Zorgverzekeringswet (Zvw) en enkele andere wetten (wetsvoorstel Kwaliteitsinstituut) – en op het voorgestelde artikel 21 Wcz (artikel 10, derde lid, Wet kkgz).

Met een voorstel zoals neergelegd in de eerste wijziging van de Wcz ten eerste is beoogd maatregelen te treffen om tot nadere protocollering van de professionele standaard te komen, welke protocollen vervolgens in een door het Zorginstituut Nederland gehanteerd openbaar register worden opgenomen.⁵³ Verdergaande protocollering ter invulling van de zorgvuldigheidsnorm kan een nadere concretisering van de zorgvuldigheidsnorm tot gevolg hebben waardoor vaker een specifieke norm ter voorkoming van schade kan worden omschreven. Hierdoor zou de omkeringsregel wellicht in meer zaken kunnen worden toegepast en zou de patiënt aldus tegemoet worden gekomen in het bewijs van het *condicio sine qua non*-verband tussen de normschending en de schade. In het voorgestelde artikel 21 Wcz (artikel 10, derde lid, Wet kkgz) ten tweede is het recht neergelegd om als patiënt op de hoogte te geraken van de aard en toedracht van incidenten bij de zorgverlening die merkbare gevolgen hebben of kunnen hebben voor de patiënt; de aard en de toedracht van het incident zou onverwijld aan de patiënt moeten worden meegedeeld en moeten worden aangetekend in het medisch dossier.⁵⁴ Kennis van het incident, oftewel openheid van zaken, kan behulpzaam zijn bij het aantonen van het *condicio sine qua non*-verband. Voorts kan die kennis ertoe bijdragen dat de patiënt beter in staat wordt gesteld een normschending aan te tonen (zo er geen andere bewijslastverdeling zou gelden) en (in geval het incident voortspuit uit het gebruik van een gebrekkig medisch product) te onderzoeken bij wie hij voor verhaal van schade moet zijn. Een bijkomend voordeel van openheid is dat de relatie tussen de zorgaanbieder en de cliënt niet wordt aangetast door een ervaren gevoel van boosheid over een niet open houding over een incident.⁵⁵ Omdat voorts met een voorstel zoals werd geformuleerd in artikel 23 Wcz aan nabestaanden een recht op inzage in het medisch dossier wordt verleend als de cliënt toestemming heeft gegeven of sprake is van een zwaarwegend belang – bijvoorbeeld het gebruik van gegevens in een aansprakelijkheidsprocedure – zouden ook nabestaanden informatie over de aard en toedracht van een incident kunnen krijgen en dezelfde voordelen genieten.⁵⁶

Opmerking verdient wel dat het voorstel niet zonder bezwaren is. Het is bijvoorbeeld onduidelijk wie bepaalt wanneer zich een incident heeft voorgedaan. Voorts wil het feit dat zich een incident heeft voorgedaan nog niet zeggen dat daarmee duidelijk is dat de hulpverlener is tekort geschoten in de behandeling van de patiënt of dat hij onrechtmatig heeft gehandeld. Het moge eveneens duidelijk zijn dat de enkele schending van de plicht een incident te melden en te noteren niet zonder meer een recht op verhaal van schade

⁵³ Hoofdstuk 10, par. 10.3.1.1.

⁵⁴ Hoofdstuk 10, par. 10.3.1.1.

⁵⁵ Uit onderzoek blijkt dat meer openheid het aantal klachten en vorderingen voorkomt. Zie hoofdstuk 2, par. 2.3. Zie ook J.L. Smeehuijzen, K.A.P.C. van Wees, A.J. Akkermans, J. Legemaate, S. van Buschbach en J.E. Hulst (VU Amsterdam), *Opvang en schadeafwikkeling bij onbedoelde gevolgen van medisch handelen*, 2013, p. 53, met verwijzing naar verschillende Amerikaanse onderzoeken.

⁵⁶ Hoofdstuk 10, par. 10.3.1.1.

met zich brengt, omdat daarmee niet aanstonds duidelijk is dat de schade van de patiënt in een causaal verband staat met de geschonden norm. De schade is het mogelijke gevolg van de behandeling, niet van het verzuim het incident mee te delen of op te schrijven. Een ander mogelijk bezwaar is gelegen in de vraag of een wettelijke plicht niet te ver gaat om hulpverleners tot openheid te bewegen. Ik meen echter dat ervaringen in het verleden (en heden) met openheid genoeg aanwijzingen bieden om vraagtekens te zetten bij de veronderstelling dat een cultuurverandering op dit punt vanzelf tot stand komt; uit verschillend onderzoek is gebleken van uiteenlopende redenen om geen openheid te betrachten.⁵⁷ Uiteraard verdienen deze redenen de aandacht en acht ik hulp voor de hulpverlener op dit punt heilzaam.⁵⁸ Dit laat niettemin onverlet dat de positie van de patiënt om een oplossing vraagt die geen ruimte laat voor twijfel of discussie over de verplichting van de hulpverlener om openheid te betrachten en om welke reden ik een wettelijke verankering positief waardeer. Eerder doet de geringe bereidbaarheid tot het melden en noteren van de aard en toedracht van het incident bij mij de vraag rijzen wat het gevolg moet zijn als de aard en toedracht van het incident niet worden meegedeeld of genoteerd. Naar mijn mening moet dit betekenen dat schending van een wettelijke plicht tot openheid gepaard zou moeten gaan met een sanctie. Een nadeel daarvan is echter dat (ook) een sanctie een averechts effect kan hebben op de bereidheid om een incident of calamiteit mee te delen en/of te noteren. Ik meen daarom dat een juridische sanctie niet zou moeten liggen in de sfeer van een straf, maar bijvoorbeeld in een bewijsrechtelijk voordeel voor de patiënt. In dat kader wordt opgemerkt dat onder de oude regeling van de werkgeversaansprakelijkheid – waarin de verdeling van de bewijslast dezelfde was als de huidige verdeling van de bewijslast in medische zaken – de problematiek van de kennis over de toedracht in de sfeer

57 Zie over de redenen om geen openheid te betrachten J.L. Smeehuijzen en A.J. Akkermans, 'Medische aansprakelijkheid: over grote problemen haalbare verbeteringen en overschatte revoluties', Preadvises Vereniging voor Gezondheidsrecht, Den Haag: Sdu Uitgevers 2013, p. 41 en 77; J.L. Smeehuijzen, K.A.P.C. van Wees, A.J. Akkermans, J. Legemaate, S. van Buschbach en J.E. Hulst (VU Amsterdam), Opvang en schadeafwikkeling bij onbedoelde gevolgen van medisch handelen, 2013, p. 20-23, 53 en 142, met verwijzing naar (internationale) literatuur waaronder L.C. Kaldjian, 'An empirically derived taxonomy of factors affecting physicians' willingness to disclose medical errors', *Journal of General Internal Medicine* 2006, vol. 21, no. 9, p. 942-948 en R. Iedema, 'What prevents incident disclosure and what can be done to promote it?', *The Joint Commission Journal on Quality and Patient Safety* 2011, vol. 3, no. 9, p. 409-417; VvAA trendonderzoek onder zorgaanbieders, Wat geldt(t) in de zorg?, derde editie oktober 2011, p. 11 en G.E. Linthorst e.a., 'What contributes to internists' willingness to disclose medical errors?', *The Netherlands Journal of Medicine (special article)*, juni 2012, vol. 70, no. 5, p. 242-248. Er is (dan ook) sprake van een ondermelding, zo blijkt uit W. Sorgdrager, Van incident naar effectief toezicht, onderzoek naar de afhandeling van dossiers over meldingen door de Inspectie voor de Gezondheidszorg, 19 november 2012, p. 4 en G.J. Verkerke e.a. (Expertgroep Medische Technologie), Medische Technologie at risk? Onderzoek naar risico's bij medische technologie en mogelijkheden om deze te voorkomen of te reduceren, april 2012, p. 13 en 32.

58 Zie voor een reeks van aanbevelingen in verband met *open disclosure* J.L. Smeehuijzen, K.A.P.C. van Wees, A.J. Akkermans, J. Legemaate, S. van Buschbach en J.E. Hulst (VU Amsterdam), Opvang en schadeafwikkeling bij onbedoelde gevolgen van medisch handelen, 2013, p. 45-53 en 141-149. De onderzoekers wijzen bijvoorbeeld op 'Disclosure – and – Offer Programs', 'disclosure-protocollen' en een 'disclosure coach'.

van het bewijs evenzeer speelde. In arbeidszaken werd een oplossing gevonden in de plicht om alle arbeidsongevallen te melden in een ongevallenrapportage, die de werknemer kon helpen bij zijn stelplicht.⁵⁹ Bij gebreke van een ongevallenrapportage ging de rechter bovendien uit van het vermoeden dat de werkgever zijn zorgplicht had geschonden en was de vordering van de werknemer in beginsel toewijsbaar.⁶⁰ Een vergelijkbaar vermoeden geldt tevens onder het Oostenrijkse recht, zo bleek.⁶¹ Deze sanctie kan ook worden toegepast in medische zaken: kan de hulpverlener in het kader van de verzwaarde motiveringsplicht het patiëntendossier met de daarin vervatte toedracht van de calamiteit of het incident niet overleggen, dan zou steeds van het vermoeden kunnen worden uitgegaan dat de hulpverlener zijn zorgplicht heeft geschonden.

Kortom, de waardering van de alternatieven die binnen het civiele aansprakelijkheidsrecht blijven leert dat in het bijzonder een combinatie van een herverdeling van de bewijslast, verdergaande protocollering en verplichte openheid over een fout of de aard en toedracht van een incident (met een sanctie) kan bijdragen aan een oplossing voor de knelpunten aangaande de bewijslastverdeling ter zake de normschending, het gebrek aan openheid, de algemene formulering van de zorgvuldigheidsnorm en de bewijslastverdeling ter zake het *condicio sine qua non*-verband. Het Duitse en Oostenrijkse civiele aansprakelijkheidsrecht komen voorts met een afwijkende bewijslastverdeling tegemoet aan de causaliteitsproblematiek bij *informed consent*. Met zo een vereniging van alternatieven wordt zelfs een passender resultaat bereikt dan wanneer Nederland zou kiezen voor een *no fault* systeem als alternatief voor verhaal van zorggerelateerde schade. Omdat bovendien met een aanpassing van het civiele aansprakelijkheidsrecht het stelsel niet hoeft te worden gewijzigd, wordt niet getornd aan de preventieve werking; door de last ter zake het bewijs (van het uitblijven) van de normschending bij de hulpverlener te leggen, is het eerder aannemelijk dat de hulpverlener zich inspant om schade te voorkomen.⁶² Een ander, voor mij doorslaggevend, voordeel van een oplossing zoals geschetst, is tot slot dat er geen (onrechtvaardige) ongelijkheid wordt gecreëerd tussen patiënten en slachtoffers van andersoortige gebeurtenissen. Integendeel: de positie van patiënten wordt in overeenstemming gebracht met de verhaalspositie van werknemers. Voorts wordt de positie van de patiënt veel dichterbij de verhaalspositie van (zwakkere, ongemotoriseerde) verkeersslachtoffers gebracht.

59 Thans een verplichting op grond van artikel 9 Arbeidsomstandighedenwet.

60 HR 1 juli 1993, NJ 1993, 687, met nt. P.A. Stein. Zie ook S.D. Lindenbergh, Arbeidsongevallen en beroepsziekten, Monografieën Privaatrecht 13, Deventer: Kluwer 2009, p. 76 en T. Hartlief, 'Vergoeding van arbeidsgelateerde schade anno 2013', *AV&S* 2013/5, p. 35-53.

61 Zie par. 10.2.3.1.

62 Zie ook J.C.J. Dute, M.G. Faure en H. Koziol, Onderzoek No-fault compensatiesysteem, Reeks evaluatie regelgeving deel 13, Den Haag: Zonmw 2002, p. 22 met verwijzing naar een onderzoek van Ch. Curran, 'Burden of Proof and the Liability Rule for Suppliers of services in the EEC', *Geneva Papers on Risk and Insurance*, 1994, p. 85-98.

Dit neemt niet weg dat mij nog een overweging rest ten aanzien van de invloed op de kosten gemoeid met het vergoeden van schade; bij de waardering van het *no fault* systeem werd dit als bezwaar genoemd en ook een aanpassing binnen het civiele aansprakelijkheidsrecht ten gunste van de patiënt zal – zo lijkt aannemelijk – met zich brengen dat de kosten zullen stijgen.⁶³ Het gevolg is echter beoogd. Vereenvoudiging van het verhaal van schade moet er immers toe leiden dat meer patiënten worden gecompenseerd, dan thans het geval is. De hogere kosten worden hiermee gebillijkt, waarbij nog wordt opgemerkt dat het te verwachten is dat de transactiekosten van het verhaal van schade door de vereenvoudiging van het verhaal zullen afnemen. Mogelijk zal ook het preventieve effect dat van het voorgestelde systeem uitgaat de kosten drukken.⁶⁴ Voor de exacte beraming van de kosten en de daarmee gemoeide last dient nader onderzoek plaats te vinden. Cruciaal (daarbij) is ervoor te waken dat uiteindelijk de patiënt voor zijn hogere bescherming gaat betalen, zeker in een klimaat waarin de kosten van zorg hoog zijn. In dat verband wordt opgemerkt dat hulpverleners voor het risico van beroepsaansprakelijkheid doorgaans verzekerd zijn bij een van de twee onderlinge waarborgmaatschappijen MediRisk en Centramed. De verzekerde hulpverleners zijn lid van de onderlinge waarborgmaatschappij en bepalen (mede) het beleid van de verzekeraar. In ruil voor de te verlenen dekking in geval van schade betalen de hulpverleners een premie, die is afgestemd op het risico (en de spreiding daarvan) van verwezenlijking van schade.⁶⁵ Zouden de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraars de premies voor de aansprakelijkheidsverzekering verhogen, dan zal de hulpverlener op zijn beurt de kosten doorberekenen in het loon dat door de patiënt voor zijn werkzaamheden moet worden betaald.⁶⁶ In het bijzonder is het te verwachten dat een hogere premie haar uitwerking vindt in het zogeheten ‘vrije segment’, waarbinnen onderhandeling over de prijs van zorg tussen zorgverzekeraars en zorgaanbieders als onderdeel van het huidige systeem van marktwerking in de zorg plaatsvindt.

Vereenvoudigd weergegeven bestaat het tarief voor zorgprestaties (Diagnose Behandeling Combinaties (DBC), thans DBC's Op weg naar Transparantie (DOT) genoemd⁶⁷) in een ziekenhuis uit een honorariumdeel en een ziekenhuiskostendeel (kosten die het ziekenhuis maakt voor het zorgproduct). Het honorariumdeel is gereguleerd; de hoogte wordt door de Nederlandse Zorgau-

63 Zie bijvoorbeeld J.L. Smeehuijzen en A.J. Akkermans, 'Medische aansprakelijkheid: over grote problemen haalbare verbeteringen en overschatte revoluties', Preadvies Vereniging voor Gezondheidsrecht, Den Haag: Sdu Uitgevers 2013, p. 73-74 die een stijging van de kosten als bezwaar noemen.

64 Zie ook J.C.J. Dute, M.G. Faure en H. Koziol, Onderzoek No-fault compensatiesysteem, Reeks evaluatie regelgeving deel 13, Den Haag: Zonmw 2002, p. 231-232.

65 Zie ook hoofdstuk 8, par. 8.2.2.1.

66 Zie in die zin ook over verhoging van smartengeld L.T. Visscher, 'De omvang van het smartengeld vanuit rechts- en gezondheidseconomisch perspectief' AV&S 2008, nr. 5, p. 247-254.

67 Zie ook hoofdstuk 3, par. 3.2.6.

toriteit (NZa) vastgesteld. Sinds 1 januari 2012 kunnen zorgaanbieders en zorgverzekeraars over 70% van de zorg afspraken maken over prijs en kwaliteit. Dit wordt het vrije segment genoemd (B segment), waarin dus onderhandeling mogelijk is. Voor 30% van de zorg (het gereguleerde segment, A segment) stelt de NZa op aanwijzing van de Minister van VWS maximum tarieven vast. Voor een aantal verrichtingen in het kader van modernisering en innovatie gelden vrije tarieven. De NZa stelt ter bepaling van de tarieven beleidsregels op.⁶⁸ De bevoegdheden ontleent de NZa aan de Wet marktordening gezondheidszorg (Wmg).

Kern van de marktwerking is de relatie tussen patiënten, zorgaanbieders en zorgverzekeraars, waarbij de zorgverzekeraar en de zorgaanbieder onderhandelen over de prijs van de zorg. Zorgverzekeraars concurreren op basis van de prijs en de kwaliteit. Zij kopen de zorg in bij de zorgaanbieders. Zorgaanbieders op hun beurt worden geprikkeld om een contract te sluiten en zorg te leveren op basis van de beste prijs-kwaliteit verhouding.

Desalniettemin lijkt juist het systeem van marktwerking en de mogelijkheid tot onderhandeling over tarieven waarbij prijs en kwaliteit worden gewogen de mogelijkheid te bieden om een stijging van kosten te dempen. Daar komt bij dat sinds 1 januari 2012 zorgverzekeraars voor een groot deel risicodragend zijn, wat ertoe moet leiden dat zij actiever optreden tegenover de zorgaanbieders, met als gevolg een beheersing van de tarieven van zorgverlening.⁶⁹

Tot 1 januari 2012 gold in de risico-verevening een systeem van macronaculatie, toegepast door de overheid. Dit systeem neemt het verschil weg tussen de door de zorgverzekeraars geraamde macrokosten aan het begin van een boekjaar en de realisatie van de macrokosten aan het eind van hetzelfde boekjaar. De premiesubsidies vanuit de risicoverevening werden gebaseerd op de raming aan het begin van het boekjaar. Deze premiesubsidies werden opwaarts aangepast als de macrokosten hoger uitvielen dan geraamd. Door de macronaculatie werd voorkomen dat zorgverzekeraars te hoge nominale premies rekenden om zich in te dekken tegen onzekerheden in de macrokostenontwik-

68 Zie voor de beleidsregels de website van de NZa <www.nza.nl>.

69 Zie voor een verduidelijking van de marktwerking, het verantwoord invoeren van de prestatiebekostiging, inclusief het verantwoord toe laten nemen van de risicodragendheid van verzekeraars en de daarvoor te realiseren plannen de brief met bijlage van de Minister van VWS 'Zorg die loont', d.d. 14 maart 2011, met kenmerk CZ-IPZ3056686. Zie ook P.L. Meurs e.a. (Commissie Inkomens Medisch Specialisten), Gezond belonen, beleidsopties voor de inkomens van medisch specialisten, 2012, p. 17-18.

keling. Met de afschaffing van de macronacalculatie en verdere afbouw van de ex post risicovereeniging neemt de risicodragendheid van zorgverzekeraars toe.⁷⁰

Tot slot merk ik op dat ik de (verwachte) angst dat een aanpassing binnen het civiele aansprakelijkheidsrecht tot een 'claimcultuur' (dat wil zeggen dat het aantal vordering stijgt evenals de omvang van de te vergoeden schade) zal leiden,⁷¹ niet deel. De uitgangspunten van het civiele aansprakelijkheidsrecht worden immers niet verlaten; nog steeds moeten er een verwijtbare gedraging van een hulpverlener en een causaal verband tussen die gedraging en de schade van de patiënt aanwezig zijn. Bovendien is het claimgedrag van een individu niet alleen afhankelijk van een verandering in de inrichting van of de toepassing van het civiele aansprakelijkheidsrecht. Ook andere factoren, zoals factoren van sociologische en economische aard, zijn daartoe van belang.⁷² Een (wetenschappelijke) onderbouwing voor de aanname dat er desondanks vele patiënten onnodig hun hulpverlener aansprakelijk gaan stellen ontbreekt bovendien. Benadrukt zij andermaal dat wel beoogd is om meer patiënten met een potentiële vordering in staat te stellen hun recht te halen, een intensiever gebruik van het aansprakelijkheidsrecht dus.

Alles overwegende concludeer ik dan ook dat door een combinatie van verschillende alternatieven die binnen het aansprakelijkheidssysteem blijven tegemoet kan worden gekomen aan de knelpunten en een daarop gebaseerde materieelrechtelijke regeling ter zake het verhaal van zorggerelateerde schade overwogen zou moeten worden.

11.4 WAARDERING VAN DE ALTERNATIEVEN DIE UITGAAN VAN EEN ANDERE INRICHTING VAN DE PRAKTIJK VAN SCHADEAFWIKKELING

Ter beantwoording van de derde vraag wordt bezien in hoeverre Zweden, België, Oostenrijk, Duitsland en het wetsvoorstel Wcz tegemoet komen aan de grootste knelpunten die zich in de praktijk openbaren: de kwaliteitsproblemen, de kosten van het proces dat moet

⁷⁰ Zie voor een verduidelijking de brief met bijlage van de Minister van VWS 'Zorg die loont', d.d. 14 maart 2011, met kenmerk CZ-IPZ3056686. Zie ook P. Besseling, R. Douven en C. van Ewijk (Centraal Planbureau), 'Versterk prikkels zorgverzekeraars voor doelmatiger zorg', *MeJudice* 2009.

⁷¹ De angst is (onder meer) geuit door beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar MediRisk naar aanleiding van de initiatiefnota van 29 november 2012 van de Kamerleden Van Veen en Mulder (VVD) en het door hen georganiseerde Symposium 'Patiëntveiligheid', dat plaatsvond op 25 februari 2013. Zie ook de bijdrage van H. van der Weide in het *VOZ Magazine*, april 2013, p. 48-52.

⁷² Zie uitvoerig over de angst voor een claimcultuur en de weerlegging van dit gevolg door een aanpassing in het civiele aansprakelijkheidsrecht Kamerstukken II 1999/00, 26630, nr. 2, p. 2 (Lijst van vragen en antwoorden).

worden gevolgd om verhaal van schade te effectueren en de omgang met medische informatie van de patiënt.⁷³

Uit de analyse en beschrijving van de Zweedse praktijk blijkt dat de beoordeling van de uitkering door het *Landstingens Ömsesidiga Försäkringsbolag* (LÖF) enigszins vergelijkbaar is met de beoordeling zoals die door de Nederlandse beroepsaansprakelijkheidsverzekeraars geschiedt. Is de patiënt het niet eens met de beslissing van het LÖF, dan heeft de patiënt echter, anders dan in Nederland, de mogelijkheid om de kosteloze procedure bij de *Patientskadenämnden* te volgen. Deze kosteloze procedure is niet beperkt tot vorderingen met een bepaald maximum, zoals het geval is bij de Nederlandse Geschillencommissie Zorginstellingen. Wel wordt opgemerkt dat wanneer de patiënt zich (onverplicht) van rechtsbijstand wil voorzien, hij die zelf zal moeten betalen. In de *Patientskadenämnden* hebben, naast een rechter, ook leden zitting die de belangen van patiënten in het algemeen behartigen, evenals een medisch deskundige. Deze laatste hoeft niet door de patiënt voor zijn werkzaamheden te worden betaald.⁷⁴ De kwaliteit van de beoordeling wordt gewaarborgd, doordat beoordeling steeds door één gespecialiseerd orgaan plaatsvindt, waarin verschillende disciplines vertegenwoordigd zijn.⁷⁵

Ook de Belgische praktijk wordt gekenmerkt door de aantrekkelijke kanten van een beoordeling door een speciaal ingerichte organisatie, het Fonds. Het Fonds brengt kosteloos een advies uit en keert een bedrag uit of neemt zelf de discussie met de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar ter hand.⁷⁶ Is bijstand van een medisch deskundige nodig, dan wordt deze ingeroepen op kosten van het Fonds. De kwaliteit van de beoordeling wordt gewaarborgd, doordat beoordeling door één gespecialiseerd orgaan plaatsvindt. De leden van het Fonds zijn afkomstig uit verschillende disciplines betreffende de gezondheidszorg en aanwezigheid van deskundigheid is dan ook aannemelijk.⁷⁷

Dezelfde conclusie kan worden getrokken als de Oostenrijkse praktijk wordt gezien. Klachten en vorderingen tot schadevergoeding komen in eerste instantie binnen bij een van de negen, door de overheid gefinancierde, *Patientenanwaltschaften*. De *Patientenanwaltschaften* staan de patiënt bij in hun verhaal van schade. Anders dan het Belgische Fonds keren zij geen vergoedingen uit, maar wel vergelijkbaar is dat de *Patientenanwaltschaften* namens de patiënt kosteloos de bemiddeling met de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar naar zich toe trekken. Ook vergelijkbaar is dat de *Patientenanwaltschaften*

73 Zie voor de opsomming van de knelpunten hoofdstuk 9, par. 9.3.

74 Hoofdstuk 10, par. 10.2.1.2.

75 Hoofdstuk 10, par. 10.2.1.2.

76 Hoofdstuk 10, par. 10.2.2.2.

77 Hoofdstuk 10, par. 10.2.2.2.

zelfstandig een medisch deskundige kunnen inschakelen als dit voor de beoordeling noodzakelijk is.⁷⁸ Voor de patiënt brengt dit geen kosten met zich. Een positief beeld toont ook de wijze van afdoening van vorderingen door de *Schiedsstellen*. In deze *Schiedsstellen* hebben een rechter, een medisch expert en een juridisch expert zitting.⁷⁹ *Schiedsstellen* zijn qua samenstelling dus vergelijkbaar met de samenstelling van de Nederlandse Tuchtcolleges voor de Gezondheidszorg. *Schiedsstellen* zijn ook vergelijkbaar met arbitragecommissies, al is het advies van de *Schiedsstellen* officieel niet bindend. De procedure is kosteloos, niet beperkt tot vorderingen met een bepaald maximum en tot een gerechtelijke procedure komt het zelden. De waarborg van kwaliteit moet worden gezien in het licht van de continuïteit van de negen gespecialiseerde organisaties en de verschillende expertises die in zowel de *Patientenadvocaten* als de *Schiedsstellen* verenigd zijn.⁸⁰

Ook uit de beschrijving en analyse van de Duitse praktijk blijkt van een oplossing voor de kosten en van waarborgen voor de kwaliteit van de spelers die invloed hebben op de schadeafwikkeling. De speciaal daarvoor ingerichte *Gutachterkommissionen* brengen kosteloos een deskundigenrapport uit over de vraag of sprake was van een tekortkoming van de arts of het ziekenhuis. De *Schlichtungsstellen* brengen vervolgens kosteloos een advies uit dat is gebaseerd op het deskundigenrapport. Dit advies is niet bindend, maar blijkt in de praktijk vaak (in 90% van de gevallen) te worden gevolgd door de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar van de arts of het ziekenhuis.⁸¹ Net zoals werd opgemerkt ten aanzien van het Oostenrijkse systeem, moet de waarborg van kwaliteit worden gezien in het licht van de continuïteit van de gespecialiseerde organisaties en de vereniging van zowel juridische als medische deskundigheid in de *Gutachterkommissionen* en de *Schlichtungsstellen*.⁸²

Uit de beschrijving en analyse van de met de wetsvoorstellen Wcz en Wet kkgz voorgestelde klachten- en geschillenregeling tot slot blijkt eveneens dat tegemoet wordt gekomen aan het kostenprobleem, aangezien de regeling een kosteloze beoordeling van een vordering voorstaat.⁸³ Niet duidelijk is echter wat de beoogde samenstelling zou zijn van zo een geschilleninstantie, zodat niet kan worden gezegd dat de kwaliteit van de beoordeling gewaarborgd is. Bovendien is de voorgestelde geschillenregeling niet geschikt wanneer de schade meer bedraagt dan € 25.000.⁸⁴ Hoewel de Minister van VWS in antwoord op Kamervragen over deze grens heeft aangegeven dat op grond van gegevens van beroeps-

78 Hoofdstuk 10, par. 10.2.3.2.

79 Hoofdstuk 10, par. 10.2.3.2.

80 Hoofdstuk 10, par. 10.2.3.2.

81 Hoofdstuk 10, par. 10.2.4.2.

82 Hoofdstuk 10, par. 10.2.4.2.

83 Hoofdstuk 10, par. 10.3.1.2.

84 Hoofdstuk 10, par. 10.3.1.2.

aansprakelijkheidsverzekeraar MediRisk blijkt dat over de afgelopen jaren gemiddeld een bedrag van € 19.197 aan schadevergoeding aan de patiënt is uitgekeerd en dat bij beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar Centramed het gemiddelde bedrag dat is uitgekeerd voor de zaken die in de periode 2006 tot en met 2010 zijn afgewikkeld € 14.793 per patiënt bedraagt,⁸⁵ wil dat niet zeggen dat dit ook de daadwerkelijk door de patiënt geleden schade betreft. Niet duidelijk is hoe deze uitkeringen tot stand zijn gekomen en of bijvoorbeeld de patiënt een deel heeft ‘ingeslikt’ teneinde een procedure te vermijden. Ik vraag mij dan ook af of de patiënt meer gebruik zal maken van de geschilleninstantie dan van de huidige Geschillencommissie Zorginstellingen wier bijdrage aan het verhaal van zorggerelateerde schade marginaal is.

De waardering van de alternatieven toont aldus dat met name de wijze waarop in Zweden, België, Oostenrijk en Duitsland de (buitengerechtelijke) processen ter effectuering van het recht op verhaal van schade vorm geven positief is. Elk land heeft daarvoor zijn eigen manier, maar de gemene deler is dat de te volgen procedure kosteloos is – behoudens de eigen (onverplichte) kosten van een advocaat – en dat er geen maximum is verbonden aan de vordering waarover mag worden geoordeeld. Gemene deler is ook dat kosten voor een medisch deskundige niet hoeven te worden gemaakt: hulp van een deskundige wordt door genoemde organisaties gefinancierd of is minder noodzakelijk nu de beoordelende instanties uit zowel juristen als medisch deskundigen bestaan. Dit heeft het bijkomend voordeel dat de aanwezigheid van kwaliteit aannemelijk is en de wijze van beoordelen efficiënter dan wanneer er een extra ronde zou volgen voor het advies van een deskundige. De rechtsstelsels komen dan ook in belangrijke mate tegemoet aan enkele van de knelpunten die met de Nederlandse buitengerechtelijke praktijk van schadeafwikkeling gemoeid zijn.

Op voorhand brengt de waardering mij daarom tot de conclusie dat een andere inrichting van de (buiten)gerechtelijke praktijk, in het bijzonder een kosteloze advisering door een medisch deskundige door integratie van deze deskundige in de oordelende instantie, het overwegen waard is. De aanwezigheid van een medisch deskundige biedt immers verschillende voordelen: er worden geen extra kosten gemaakt, er is debat mogelijk over medische aangelegenheden en de voorzittende jurist wordt direct voorgelicht.

Minder positief sta ik daarentegen tegenover de oprichting van een speciale organisatie die te ver afstaat van de huidige praktijk. Evenmin sta ik positief tegenover de inrichting van een organisatie die slechts bevoegd is te oordelen over vorderingen die aan een bepaald maximum zijn verbonden. Argumenten voor deze bezwaren zijn te vinden in de bijdrage van de Geschillencommissie Zorginstellingen aan het verhaal van zorggerelateerde schade.

85 Aanhangsel van de Handelingen II 2010/11, nr. 1371 (antwoord van de Minister van VWS op de vragen van het Kamerlid Leijten (SP)).

Het spreekwoord ‘onbekend maakt onbemind’ lijkt op te gaan als de frequentie van het gebruik van deze geschillencommissie wordt gezien. Evenzeer is het aannemelijk dat de hoogte van de vordering die ter beoordeling kan worden voorgelegd (€ 5.000) daaraan debet is.

Mijn voorkeur gaat kortom uit naar een zodanige inrichting van de praktijk dat reeds aanwezige positieve elementen van het Nederlandse buitengerechtelijke schadeafwikkelingstraject onverlet worden gelaten, doch tevens een integratie van deskundigheid en/of een kosteloze beoordeling door een externe medisch deskundige wordt bereikt. Naar mijn mening is zo een positief element de deelgeschilprocedure, omdat partijen op verschillende momenten in de buitengerechtelijke beoordeling een oordeel van de rechter kunnen vragen over (onder meer) de aansprakelijkheid, het causaal verband en de schade en de kosten van de deelgeschilprocedure deel uitmaken van de te verhalen kosten, wanneer aansprakelijkheid komt vast te staan.⁸⁶ Uit verschillende evaluaties blijkt dat rechtzoekenden positief staan tegenover de procedure en daarvan, indien nodig, gebruik willen maken.⁸⁷ Een voordeel is ook dat de eigen onderhandelingsruimte, mits goed gebruikt, onverlet wordt gelaten. Een nadeel van de deelgeschilprocedure is dat zodra in de procedure blijkt van de noodzaak tot een deskundige onderbouwing van een medicus, een niet-ontvankelijkheid van de patiënt volgt, een probleem dat de onderzochte alternatieven nu juist niet kennen en mijns inziens moet worden ondervangen; de aanwezigheid van een medisch deskundige bij de deelgeschilprocedure zou uitgangspunt moeten zijn.

Voorts meen ik dat ook de gerechtelijke bodemprocedure zou moeten worden aangepast, omdat daar eveneens een kosten- en kwaliteitsprobleem speelt: de rechter heeft te zijner voorlichting nogal eens het bericht van een medisch deskundige nodig, doch voor een medisch deskundigenbericht is een verwijzing nodig met alle kosten en vertraging van dien. De aanwezigheid van medisch deskundigen zou dus ook bij de bodemprocedure uitgangspunt moeten zijn. Een positief element van de Nederlandse procedure betreft de meervoudige afdoening van letselschadezaken (waaronder medische zaken) door bekwame (en actieve) rechters.⁸⁸ Dit element zou dan ook moeten worden behouden.

Daarnaast zijn aanvullingen nodig om de kwaliteit van de belangenbehartiger van de patiënt, de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar van de hulpverlener, de medisch adviseur(s) en de medisch deskundige(n) te waarborgen. Tot slot wordt opgemerkt dat de

⁸⁶ Hoofdstuk 8, par. 8.2.7.2.

⁸⁷ Zie hoofdstuk 8, par. 8.2.7.2.

⁸⁸ Zie hoofdstuk 8, par. 8.3.2.2.

omgang met medische informatie niet wordt opgelost. Dit knelpunt heeft een afzonderlijke oplossing.

11.5 AANBEVELINGEN

11.5.0 *Opmerkingen vooraf*

In de voorgaande paragrafen is geconcludeerd dat overwogen zou moeten worden om de materieelrechtelijke regeling ter zake het verhaal van zorggerelateerde schade aan te passen, teneinde tegemoet te komen aan – kort gezegd – de knelpunten betreffende de bewijslastverdeling, het gebrek aan openheid en de algemene formulering van de zorgvuldigheidsnorm. Daarbij geldt dat een aanpassing gebaseerd op een combinatie van enkele alternatieven die binnen het civiele aansprakelijkheidsrecht blijven de voorkeur geniet boven een *no fault* systeem. Tevens is geconcludeerd dat in het bijzonder de integratie van medisch deskundigen in zowel de deelgeschilprocedure als de bodemprocedure zou moeten worden overwogen om tegemoet te komen aan de knelpunten die in de praktijk spelen. In dat licht wordt in deze paragraaf een aantal aanbevelingen gedaan strekkende tot een aanpassing van het huidige Nederlandse civiele aansprakelijkheidsrecht (Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW) en tot een aanpassing van het proces dat moet worden gevolgd om verhaal van zorggerelateerde schade te effectueren. De aanbevelingen zijn, in lijn met de conclusies, verdeeld in twee aanbevelingen ‘op het eerste niveau’, inhoudende een aanbeveling voor een herverdeling van de bewijslast ter zake de normschending (par. 11.5.1) en een aanbeveling strekkende tot een integratie van medische deskundigheid in de praktijk van schadeafwikkeling (par. 11.5.2.). Aanvullend worden aanbevelingen gedaan die dienen ter ondersteuning van de eerste twee aanbevelingen (par. 11.5.3-11.5.7). Tot slot wordt een (‘rest’)aanbeveling gedaan ter zake de uitbreiding van de reikwijdte van Boek 7, titel, afdeling 5, BW (par. 11.5.8).

11.5.1 *Aanbeveling I: een herverdeling van de bewijslast*

Een eerste aanbeveling – gericht aan de wetgever – betreft de herverdeling van de bewijslast ter zake de normschending door de volgende aanpassing van de tekst van artikel 7:453 BW:

1. *De hulpverlener moet bij zijn werkzaamheden jegens de patiënt de zorg van een goed hulpverlener in acht nemen, waaronder wordt verstaan zorg van goed niveau, die in ieder geval veilig, doeltreffend, doelmatig en patiëntgericht is, tijdig wordt verleend, is afgestemd op de reële behoefte van de patiënt en waarbij de personen die de zorg verlenen,*

met gebruikmaking van de geschikte hulpzaken, handelen in overeenstemming met de op hen rustende verantwoordelijkheid, voortvloeiende uit de voor hen geldende professionele standaard.

2. *De hulpverlener is bij zijn verplichting voortvloeiende uit lid 1 gehouden om de hulpverlening op zodanige wijze te organiseren, zich zowel kwalitatief als kwantitatief zodanig van personele en materiële middelen en, voor zover nodig, bouwkundige voorzieningen te bedienen en tevens voor een zodanige toedeling van verantwoordelijkheden, bevoegdheden alsmede afstemmings- en verantwoordingsplichten zorg te dragen als redelijkerwijs nodig is om te voorkomen dat de patiënt in verband met diens geneeskundige behandeling schade lijdt.*
3. *De hulpverlener is jegens de patiënt aansprakelijk voor de schade die de patiënt in verband met de geneeskundige behandeling lijdt, tenzij de hulpverlener aantoont dat*
 - a. *hij de in lid 1 en lid 2 genoemde verplichtingen is nagekomen; of*
 - b. *de schade het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van de patiënt; of*
 - c. *de schade het gevolg is van een omstandigheid die aan de producent van een medisch product moet worden toegerekend.*

Voorts wordt voorgesteld om in artikel 7:453, vierde lid, BW te bepalen dat de bewijslastverdeling van dwingend recht is en dat titel 3 van Boek 6 betreffende de onrechtmatige daad onverkort en dwingendrechtelijk van toepassing is. In de werkgeversaansprakelijkheid is dit op die wijze bepaald in artikel 7:658, derde lid, BW. Een dergelijke bepaling ontbreekt echter voor de geneeskundige behandeling. Zij kan bestaan naast artikel 7:468 BW dat immers een breder bereik heeft. De formulering wordt dan als volgt:

4. *Van de leden 1, 2 en 3 en van hetgeen titel 3 van Boek 6 bepaalt over de aansprakelijkheid van de hulpverlener kan niet ten nadele van de patiënt worden afgeweken.*

De voorgestelde herformulering van artikel 7:453 BW leidt ertoe dat de patiënt moet stellen en, bij voldoende gemotiveerde betwisting door de hulpverlener – het is en blijft aan de hulpverlener om in het kader van de motivering van de stelling(en) van de patiënt de omstandigheden aan te voeren die in zijn sfeer liggen: er geldt voor hem een verzwaarde motiveringsplicht –, moet bewijzen dat hij schade heeft opgelopen en dat die schade is ontstaan in verband met de geneeskundige behandeling. Dit laatste impliceert een *condicio sine qua non*-verband tussen de geneeskundige behandeling en de schade van de patiënt. De hulpverlener kan zich op zijn beurt van aansprakelijkheid bevrijden, door aan te tonen dat hij zorg van goed niveau heeft geleverd, die veilig was, doeltreffend, doelmatig en patiëntgericht was, tijdig werd verleend, was afgestemd op de reële behoefte van de patiënt en dat hij, met gebruikmaking van de geschikte hulpzaken, handelde in overeenstemming met de op hem rustende verantwoordelijkheid, voortvloeiende uit de voor hem geldende

professionele standaard en dat hij dus al die maatregelen heeft genomen die redelijkerwijs nodig waren om te voorkomen dat de patiënt in verband met de geneeskundige behandeling schade zou lijden. Óf de hulpverlener aan zijn verplichting(en) heeft voldaan, dient te worden beoordeeld aan de hand van de in de betrokken periode geldende professionele standaard. De hulpverlener kan zich voorts van aansprakelijkheid bevrijden door te stellen en, bij betwisting, te bewijzen dat de schade veroorzaakt is door de opzet of bewuste roekeloosheid van de patiënt. Voorgesteld wordt dus om dezelfde strengere criteria voor eigen schuld toe te passen, zoals die gelden bij arbeidsgerelateerde schade, hetgeen recht doet aan de positie van de patiënt, maar ook in overeenstemming is met de omstandigheden waaronder eigen schuld van de patiënt ingevolge de rechtspraak wordt aanvaard. De hulpverlener kan zich tot slot van aansprakelijkheid bevrijden door aan te tonen dat de schade het gevolg is van de gebrekkigheid van een product en dat hijzelf aan die gebrekkigheid geen deel heeft.

De aanbeveling is in de eerste plaats bedoeld als oplossing voor het knelpunt gemoeid met de huidige bewijslastverdeling ter zake de normschending, maar ondervangt (vanwege de samenhang) ook de problematiek gemoeid met het gebrek aan openheid over een mogelijke fout of incident en gemoeid met de omstandigheid dat de zorgvuldigheidsnorm algemeen geformuleerd is. Door de afwijkende regel van de bewijslastverdeling zou verhaal van schade voor de patiënt moeten worden vereenvoudigd, wat een positieve invloed zou moeten hebben op de door de patiënt te betalen buitengerechtelijke kosten. Immers, met het voorstel is niet de (onwetende) patiënt steeds aan zet, maar wordt juist van de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar van de hulpverlener een actieve houding geëist. Ook de noodzaak tot het raadplegen van een medisch deskundige om aan de stelplicht betreffende de normschending te voldoen verschuift van de patiënt naar de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar. Dit is gerechtvaardigd, omdat de hulpverlener doorgaans over de kennis (hij weet hoe de behandeling is gegaan) en deskundigheid (hij weet hoe de behandeling moet gaan) beschikt en doorgaans meer financiële middelen heeft dan de gemiddelde patiënt; hij zal de kosten van de medisch deskundige kunnen dragen of daarvoor een zakelijke voorziening kunnen treffen. Zoals opgemerkt, deel ik de bezwaren aangaande mogelijke bewijsnood aan de zijde van de hulpverlener om die reden niet.⁸⁹

Voorts is met de aanbeveling beoogd om de aansprakelijkheid van de hulpverlener en de producent op elkaar af te stemmen, zodat het voor de patiënt duidelijk(er) is bij wie hij zijn vordering moet indienen als een medische hulpzaak mogelijk de oorzaak van zijn schade is en (ook) een verjaringsprobleem kan worden voorkomen. De aanbeveling biedt dan ook een regel voor mogelijke samenloop van aansprakelijkheid van de producent en

⁸⁹ Zie hoofdstuk 11, par. 11.3.

aansprakelijkheid van de hulpverlener. Ingevolge het voorstel moet de hulpverlener aantonen dat dit de reden is om aansprakelijkheid van de hand te wijzen. Dit is gerechtvaardigd, wederom omdat de hulpverlener over de kennis en deskundigheid dienaangaande beschikt.

Duidelijk is dat deze aanbeveling geen oplossing biedt voor alle problemen; met name het vereiste *condicio sine qua non*-verband kan voor problemen zorgen. Daarvoor zijn ‘steunmaatregelen’ nodig, zie hierna.⁹⁰ Voorts is opgemerkt dat een voorstel als het onderhavige effect kan hebben op de kosten gemoeid met het vergoeden van schade. Het gevolg is echter beoogd, nog daargelaten dat de kosten kunnen worden gedempt door een verlaging van de transactiekosten en de marktwerking in de zorg.⁹¹

11.5.2 *Aanbeveling II: een medische kamer bij één gerecht*

Een tweede aanbeveling – gericht aan de wetgever en de Raad voor de Rechtspraak – betreft een andere inrichting van de buitengerechtelijke en gerechtelijke praktijk van schadeafwikkeling door de ontwikkeling van een gespecialiseerde kamer bij één gerecht waarin ‘deelgeschilrechters’ en ‘bodemrechters’ in een enkelvoudige samenstelling (deelgeschil) of meervoudige samenstelling (bodemprocedure) oordelen over (deel)geschillen ter zake medische aansprakelijkheidskwesties (en eventueel andere kwesties van personenschade en/of andere zorggerelateerde geschillen zoals geschillen met de zorgverzekeraar). Een vast onderdeel van deze medische kamer moet zijn de aanwezigheid ter zitting van door de Staat aangestelde en beloonde medisch deskundige(n). Steeds dienen die deskundigen zitting te hebben wier specialisme is gelegen op het terrein van de geneeskundige behandeling die ter discussie staat. Wat de aanstelling, kwaliteitseisen en beloning van de deskundigen betreft kan aansluiting worden gezocht bij de Tuchtcolleges voor de Gezondheidszorg en de Medisch-Ethische Toetsingscommissies in het kader van het medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen.⁹² Een en ander dient wettelijk te worden verankerd in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en in de Wet op de Rechterlijke Organisatie.⁹³

⁹⁰ Hoofdstuk 11, par. 11.5.3, 11.5.4 en 11.5.5.

⁹¹ Zie hoofdstuk 11, par. 11.3.

⁹² De benoeming van de leden van de tuchtcolleges geschiedt ingevolge artikel 55, vierde lid, Wet BIG bij Koninklijk Besluit voor een periode van 6 jaar. De leden zijn herbenoembaar. Zie voor de leden van de Medisch-Ethische commissie Richtlijn deskundigheidseisen (WMO)leden METC's, Stcrt. 29 juni 2012, 13083. Zie voor een vergelijkbare aanbeveling J.L. Smeehuijzen en A.J. Akkermans, 'Medische aansprakelijkheid: over grote problemen haalbare verbeteringen en overschatte revoluties', Preadvisie Vereniging voor Gezondheidsrecht, Den Haag: Sdu Uitgevers 2013, p. 50-52.

⁹³ Zie daarvoor bijvoorbeeld de bepalingen omtrent de Ondernemingskamer (artikel 66 Wet RO) en de Militaire Kamer (artikel 68 Wet RO).

Met de aanbeveling is beoogd een oplossing te bieden voor het knelpunt dat de patiënt in de praktijk wordt geconfronteerd met kosten van een deskundige ter voorlichting van de rechter, maar ook om te waarborgen dat er deskundigheid aanwezig is bij de oordelende instantie zonder dat er vertraging wordt opgelopen door het inroepen van die deskundigheid. Een extra procedurele ronde met discussie over de te benoemen deskundige en de aan hem te stellen vragen, zou uit moeten blijven. Een ander voordeel van de aanwezigheid van een deskundige in het oordelende (rechts)college is dat eventueel een debat kan plaatsvinden tussen de door partijen aangezochte deskundige en de gerechtelijke deskundige.⁹⁴ Tegelijkertijd wordt met het voorstel beoogd niet te tornen aan elementen van de huidige inrichting van de praktijk van schadeafwikkeling die goed blijken te werken: de deelgeschilprocedure in de buitengerechtelijke fase en de meervoudige afdoening van letselschadezaken (waaronder medische zaken) door bekwame (en actieve) rechters in de bodemprocedure.

De reden dat is gekozen voor de inrichting van een medische kamer bij één gerecht, in plaats van bij meerdere, is gelegen in de wens te voorkomen dat afbreuk wordt gedaan aan de beoogde specialisatie. Specialisatie onder rechters loont, zo blijkt uit onderzoek.⁹⁵ Het eventuele bezwaar dat door de afwezigheid van spreiding afbreuk wordt gedaan aan de toegankelijkheid deel ik niet:⁹⁶ de patiënt zal immers niet frequent een reis moeten afleggen naar de rechter. Welk gerecht met de medische kamer moet worden uitgerust, laat ik aan de Raad voor de Rechtspraak over.

Wordt het wetsvoorstel Wet kkgz aangenomen en daarmee een klachten- en geschillenbeslechting door een geschilleninstantie, dan wordt eveneens aanbevolen om één of meer medisch deskundigen deel uit te laten maken van die instantie, naast een voorzitter en een lid-jurist. De voorzitter kan bijvoorbeeld worden gezocht binnen de rechterlijke macht en het lid-jurist zal bijvoorbeeld over aantoonbare juridische kennis op het gebied van het aansprakelijkheidsrecht (en/of gezondheidsrecht) moeten beschikken. Aanstelling van de medisch deskundigen kan bijvoorbeeld geschieden in overeenstemming met de regels die voor de medisch deskundigen in de Tuchtcolleges voor de Gezondheidszorg en de Medisch-

94 Zie ook J.L. Smeehuijzen en A.J. Akkermans, 'Medische aansprakelijkheid: over grote problemen haalbare verbeteringen en overschatte revoluties', Preadvies Vereniging voor Gezondheidsrecht, Den Haag: Sdu Uitgevers 2013, p. 51.

95 A. Böcker e.a., Specialisatie loont?! Ervaringen van grote ondernemingen met specialistische rechtspraakvoorzieningen, Den Haag: Sdu Uitgevers 2010. Zie ook hoofdstuk 8, par. 8.3.2.2.

96 Zie voor voorstanders van een regionale organisatie J.L. Smeehuijzen en A.J. Akkermans, 'Medische aansprakelijkheid: over grote problemen haalbare verbeteringen en overschatte revoluties', Preadvies Vereniging voor Gezondheidsrecht, Den Haag: Sdu Uitgevers 2013, p. 53.

Ethische Toetsingscommissies gelden.⁹⁷ Een en ander dient om de aanwezigheid van kwaliteit te waarborgen. Bij onvoldoende waarborg van de kwaliteit zal de patiënt immers niet zijn gebaat bij de beoordeling van zijn vordering door zo een instantie en is aannemelijk dat een eventuele belangenbehartiger het traject zal afraden. Ook is het mijns inziens van groot belang dat er voldoende capaciteit is om het aantal te verwachten zaken binnen de in het wetsvoorstel Wet kkgz voorgestelde termijn van zes maanden te behandelen. Omdat voorts het gemaximeerde bedrag waarover de geschilleninstantie mag oordelen (vooralsnog € 10.000 tot € 25.000) voor de patiënt een belemmering kan zijn om zich tot zo een geschilleninstantie te wenden, zou bovendien kunnen worden overwogen om de geschilleninstantie de mogelijkheid te bieden een vergoedingsplicht van maximaal € 10.000 of € 25.000 zonder finale kwijting uit te spreken. Als alternatief kan er overigens ook aan worden gedacht om de geschilleninstantie de vorm te geven van een arbitragecommissie met een voorzitter, een lid-jurist en leden-beroepsgenoten (artsen). De hulpverlener en de patiënt kunnen vooraf afspreken om hun geschil aan de arbitragecommissie voor te leggen en de commissie vragen een bindend advies uit te brengen.

11.5.3 *Aanbeveling III: vermoeden van een normschending als sanctie op het niet vastleggen van de aard en toedracht van een calamiteit en/of incident*

De derde aanbeveling ziet op een wettelijk verplichte openheid over de aard en toedracht van een calamiteit en/of incident. Het betreft een voorstel dat aanbeveling I moet ondersteunen. Hoewel immers bij de voorgestelde verdeling van bewijslast openheid over de aard en toedracht van een incident voor de patiënt van minder van belang is dan onder de huidige regel van bewijslastverdeling, is openheid over de aard en toedracht van het incident voor de patiënt wel van belang in het kader van het bewijs van het *condicio sine qua non*-verband (denk aan het gebruik van de omkeringsregel en de noodzaak tot het aantonen van de verwezenlijking van het gevaar) en in het kader van het herstel of behoud van de goede relatie tussen de hulpverlener en de patiënt.⁹⁸ Voorts is en blijft openheid over de aard en toedracht van een incident van groot belang voor de mogelijkheid tot het

97 Zie voor andere aanbevelingen aangaande een geschilleninstantie J.L. Smeehuijzen en A.J. Akkermans, 'Medische aansprakelijkheid: over grote problemen haalbare verbeteringen en overschatte revoluties', Preadvies Vereniging voor Gezondheidsrecht, Den Haag: Sdu Uitgevers 2013, p. 52-57 en J.L. Smeehuijzen, K.A.P.C. van Wees, A.J. Akkermans, J. Legemaate, S. van Buschbach en J.E. Hulst (VU Amsterdam), Opvang en schadeafwikkeling bij onbedoelde gevolgen van medisch handelen, 2013, p. 179-185.

98 Zie mede daarom ook de opname van 'openheid' in de Gedragscode Openheid medische incidenten; betere afwikkeling Medische aansprakelijkheid (GOMA), derde druk, Den Haag, maart 2012. Zie voor die conclusie ook J.L. Smeehuijzen en A.J. Akkermans, 'Medische aansprakelijkheid: over grote problemen haalbare verbeteringen en overschatte revoluties', Preadvies Vereniging voor Gezondheidsrecht, Den Haag: Sdu Uitgevers 2013, p. 25 en 39.

leveren van het bewijs van de normschending, wanneer aanbeveling I niet wordt gevolgd. Het is dan immers de patiënt die moet stellen en, bij betwisting, moet bewijzen dat de hulpverlener de zorgvuldigheidsnorm van artikel 7:453 BW heeft geschonden.

De reden dat niet kan worden volstaan met de huidige verplichtingen is driedelig. De plicht om een calamiteit bij de Inspectie voor de Gezondheidszorg te melden ten eerste heeft alleen betrekking op niet-beoogde of onverwachte gebeurtenissen die betrekking hebben op de kwaliteit van de zorg en die tot de *dood* van of een *ernstig* schadelijk gevolg voor een patiënt of cliënt van de instelling heeft geleid.⁹⁹ De plicht om incidenten te melden bij de MIP-commissie van het ziekenhuis – welke plicht ziet op elke gebeurtenis met schade of de kans op schade tot gevolg – ten tweede heeft voor de patiënt het nadeel dat deze informatie niet openbaar is. De (on)geschreven plicht om open kaart ten opzichte van de patiënt te spelen ten derde, wordt niet consequent nageleefd. Bij voorkeur zou daarom ingevolge een *wettelijke* plicht de aard en toedracht van een calamiteit en/of incident schriftelijk moeten worden vermeld in het patiëntendossier waarvan de patiënt kennis kan nemen, zoals ook in het wetsvoorstel Wcz met artikel 21 Wcz (en met artikel 10, derde lid, Wet kkgz) werd beoogd. Geïnspireerd door de voorgestelde tekst van artikel 21 Wcz wordt de wetgever dan ook aanbevolen om aan artikel 7:448 BW een vierde lid toe te voegen dat luidt als volgt:

4. *De hulpverlener licht de patiënt onverwijld op duidelijke wijze in over de aard en toedracht van calamiteiten en/of incidenten bij de zorgverlening. De hulpverlener legt deze informatie vast in het dossier, bedoeld in artikel 454 lid 1.*

Ter verduidelijking dient daaraan te worden toegevoegd wat onder een calamiteit respectievelijk incident wordt verstaan: *Onder calamiteit wordt verstaan een niet-beoogde of onverwachte gebeurtenis, die betrekking heeft op de kwaliteit van de zorg en die tot de dood van of een ernstig schadelijk gevolg voor een patiënt of cliënt van de instelling heeft geleid. Onder incident wordt verstaan een onbedoelde gebeurtenis tijdens het zorgproces die tot schade aan de patiënt heeft geleid, had kunnen leiden of nog zou kunnen gaan leiden.*

Een vraag die zich hierbij aandient is wie bepaalt of zich een calamiteit of incident heeft voorgedaan. Gezien de voorgestelde definities mag er geen onduidelijkheid over bestaan dat onverwachte of niet beoogde gebeurtenissen moeten worden gemeld. Bij twijfel dient er te worden gemeld. Mocht hierover een geschil ontstaan, dan is het uiteindelijk aan de rechter om een oordeel te vellen over de noodzaak van een melding.

⁹⁹ Ingevolge artikel 4a Kwaliteitswet Zorginstellingen.

Een andere vraag die zich aandient is wat te doen, wanneer de hulpverlener niet aan de plicht om openheid te verschaffen voldoet. Ik heb opgemerkt dat een sanctie noodzakelijk is om het gewenste effect te doen laten uitgaan van de meldplicht, omdat de bereidheid om open te zijn over een incident niet groot is en er sprake is van een ondermelding.¹⁰⁰ Een rechtvaardige sanctie is mijns inziens gelegen in een bewijsrechtelijk voordeel voor de patiënt.¹⁰¹

Aanbevolen wordt dan ook om aan artikel 7:448 BW een vijfde lid toe te voegen dat luidt als volgt:

5. *De hulpverlener die de informatie over een calamiteit of incident als bedoeld in lid 4 niet verschaft, wordt vermoed zijn zorgplicht, bedoeld in artikel 453, te hebben geschonden.*

De voorgestelde tekst moet ertoe leiden dat in geval van uitblijvende mededeling en verslaglegging in het medisch dossier van een calamiteit of incident dat voor de patiënt merkbare gevolgen heeft of kan hebben (dus ook als de schade nog niet is ingetreden) de hulpverlener vermoed wordt jegens de patiënt tekort te zijn geschoten of jegens hem onrechtmatig te hebben gehandeld. Het vermoeden kan door de hulpverlener worden weerlegd door tegenbewijs te leveren.

Met de voorgestelde aanpassing van artikel 7:448 BW wordt tegemoet gekomen aan het knelpunt van de onvoldoende openheid en hierdoor ook aan de knelpunten ter zake de bewijslast en de onduidelijkheid over wie aan te spreken wanneer een medische hulpzaak als mogelijke oorzaak valt aan te wijzen. Verhaal van schade wordt vereenvoudigd, waardoor ook aannemelijk is dat de buitengerechtelijke kosten zullen afnemen. Benadrukt wordt dat het voorstel niet strijdig is met het belang van de hulpverlener om incidenten veilig – dat wil zeggen intern zonder openbaarmaking – aan de MIP-commissie te melden. Dit algemene belang doet niet af aan de binnen de rechtsverhouding tussen hulpverlener en patiënt geldende verplichting openheid te betrachten ten opzichte van de patiënt.¹⁰²

Om nabestaanden een betere verhaalspositie te verschaffen tot slot, zou kennis over de toedracht van het incident ook nabestaanden ten deel moeten vallen. Het wetsvoorstel Wcz beoogde daartoe in een wettelijke plicht te voorzien: artikel 23 Wcz. Aanbevolen wordt dan ook om artikel 7:457 BW uit te breiden met een vierde lid dat luidt als volgt:

¹⁰⁰ Zie hoofdstuk 11, par. 11.3.

¹⁰¹ Zie hoofdstuk 11, par. 11.3.

¹⁰² Zie voor diezelfde conclusie J.L. Smeehuijzen en A.J. Akkermans, 'Medische aansprakelijkheid: over grote problemen haalbare verbeteringen en overschatten revoluties', Preadvies Vereniging voor Gezondheidsrecht, Den Haag: Sdu Uitgevers 2013, p. 44.

4. *Nabestaanden van de patiënt hebben jegens de hulpverlener recht op inzage in of afschrift van de bescheiden, bedoeld in artikel 454, indien en voor zover:*
 - a. *de patiënt daarvoor schriftelijk toestemming heeft gegeven, of*
 - b. *verondersteld mag worden dat de patiënt daarvoor bij leven toestemming zou hebben gegeven, of*
 - c. *de nabestaanden ter zake een zwaarwegend belang hebben.*

11.5.4 Aanbeveling IV: een wettelijke basis voor protocollering

De vierde aanbeveling betreft eveneens een voorstel dat aanbeveling I moet ondersteunen en ziet op een uitbreiding van de mogelijkheid/verplichting om professionele standaarden vast te leggen in protocollen. Zij is gebaseerd op de op 24 april 2012 door de Minister van VWS voorgestelde wijziging van de Wcz,¹⁰³ welk wetsvoorstel verder zal worden behandeld als een wetsvoorstel tot (onder andere) een wijziging van de Zvw (wetsvoorstel Kwaliteitsinstituut). Ingevolge dit wetsvoorstel wordt het Zorginstituut Nederland belast met nieuwe taken en bevoegdheden op het gebied van kwaliteit, veiligheid en doelmatigheid van zorg die zijn gericht op (1) het tot stand brengen van een eenduidig kwaliteitskader door het stimuleren en zo nodig initiëren van de ontwikkeling van professionele standaarden. Indien dit voorafgegaan dient te worden door onderzoek, dan omvat deze taak eveneens het initiëren van (wetenschappelijk) onderzoek, (2) het ondersteunen van het veld bij de implementatie van professionele standaarden, innovatie en *best practices*, waaronder het meewerken aan ontwikkel-, verbeter- en stimuleringsprogramma's op het gebied van de kwaliteit, veiligheid dan wel doelmatigheid van zorg, (3) het inzichtelijk maken van de kwaliteit van verleende zorg door het stimuleren en zo nodig doen ontwikkelen van kwaliteitsindicatoren, en door het verzamelen, en beschikbaar maken van kwaliteitsinformatie ten behoeve van keuze- en toezichtinformatie in de zorg, (4) het bevorderen van gepast gebruik in de zorgverlening en (5) het rapporteren over gewenste vernieuwingen en verbeteringen van de opleidingen- en beroepenstructuur in de zorg en het initiëren van activiteiten gericht op het stimuleren dan wel ondersteunen van de beroepsgroepvorming en professionalisering van beroepen in de langdurige zorg.¹⁰⁴ Het Zorginstituut Nederland zal een openbaar register moeten hanteren, waarin professionele standaarden worden opgenomen.

103 Hoofdstuk 10, par. 10.3.1.1. Zie voor het voorstel van wet Kamerstukken II 2011/12, 33243, nr. 2, de Nota van wijziging Kamerstukken II 2012/13, 33243, nr. 7, de Tweede Nota van wijziging Kamerstukken II 2012/13, 33243, nr. 9 en de Derde Nota van wijziging Kamerstukken II 2012/13, 33243, nr. 31. Zie voor uitleg ook de Brief van de Minister van VWS 29 januari 2013 met kenmerk MC-U-31 53037, naar aanleiding van een groot aantal amendementen betreffende het wetsvoorstel.

104 Kamerstukken II 2011/12, 33243, nr. 3, p. 4 (MvT).

Mijns inziens verdient dit voorstel – dan wel een andere methode om tot verdergaande protocollering te komen – aanbeveling en overname in de Zvw, nu verdergaande duidelijkheid over de professionele standaard in een concreet geval de patiënt kan helpen bij het aantonen van zowel een normschending als een *condicio sine qua non*-verband met zijn schade. Aannemelijk lijkt dat de patiënt vaker een beroep kan doen op de omkeringsregel en dat tevens aan het resterende kritiekpunt op aanbeveling I (nadruk op het causaal verband en de noodzaak om dan toch een norm te beschrijven) tegemoet wordt gekomen.

In aansluiting hierop kan de tekst van (het voorgestelde) artikel 7:453 BW als volgt worden aangevuld:

(...) voortvloeiende uit de voor hen geldende professionele standaard, waar deel van uitmaken de in het openbaar register van het Zorginstituut Nederland opgenomen voor hem geldende professionele standaard.

11.5.5 *Aanbeveling V: vermoeden van afwezigheid van toestemming bij schending van de informatieplicht*

De vijfde aanbeveling betreft een laatste aanbeveling ter ondersteuning van aanbeveling I. Opgemerkt is dat het Duitse en het Oostenrijkse civiele aansprakelijkheidsrecht tegemoet komen aan de causaliteitsproblematiek bij *informed consent* door het bewijs van de aanwezigheid van toestemming voor een behandeling bij de arts te leggen. Kan de arts niet aantonen dat de patiënt heeft ingestemd met de behandeling zoals verricht, dan is hij aansprakelijk voor de gezondheidsschade van de patiënt. In Nederland dient juist de patiënt aan te tonen dat hij – ware hij goed geïnformeerd – geen toestemming voor de desbetreffende behandeling had gegeven en een andere keuze had gemaakt (waardoor de schade zou zijn uitgebleven), hetgeen doorgaans zeer lastig is. Een andere bewijslastverdeling is echter gerechtvaardigd, omdat vast staat dat de arts een belangrijke plicht heeft geschonden, te weten de informatieplicht die ertoe moet leiden dat de patiënt van zijn (fundamentele) zelfbeschikkingsrecht gebruik kan maken.

In navolging van het Oostenrijkse en Duitse alternatief wordt de wetgever dan ook aanbevolen om een bewijsvermoeden op te nemen in artikel 7:450 BW. Het vierde lid van dit artikel kan als volgt worden geformuleerd:

4. *Is de patiënt niet ingelicht op de wijze als bedoeld in artikel 448 lid 1 en lid 2, dan wordt de afwezigheid van toestemming voor de verrichting ter uitvoering van de behandelingsovereenkomst vermoed.*

11.5.6 *Aanbeveling VI: waarborgen ter verbetering van de kwaliteit van de belangenbehartiger, de medisch adviseur en de medisch deskundige*

De zesde aanbeveling betreft een aanvulling op aanbeveling II. De (waarborg van) kwaliteit van belangenbehartigers en medisch adviseurs in het buitengerechtelijk traject is (op sommige punten) onvoldoende, maar wordt niet opgelost met een aanbeveling als geformuleerd in aanbeveling II dat alleen ziet op een herinrichting van de deelgeschilprocedure en de bodemprocedure door de integratie van medische deskundigheid (en subsidiair de inrichting van een geschilleninstantie). Om die reden wordt de partijen in het veld aanbevolen om op medische aansprakelijkheid gerichte opleidingsvereisten verplicht te stellen voor belangenbehartigers en medisch adviseurs die zich met het verhaal van schade van patiënten bezig houden. Ik zie hier een taak voor de Letselschade Raad, de Vereniging van Letselschade Advocaten (LSA), de vereniging van Advocaten voor Slachtoffers van Persoonschade (ASP), stichting Keurmerk letselschade, de Nederlandse Vereniging van Geneeskundig adviseurs in particuliere Verzekeringszaken (GAV) en de Werkgroep Artsen Advocaten (WAA). Ook wordt deze partijen aanbevolen om nader omschreven kwaliteits-eisen voor belangenbehartigers en medisch adviseurs te ontwikkelen evenals een (correctie)mechanisme, opdat op naleving van de kwaliteitseisen kan worden toegezien. LSA en ASP hebben mijn inziens daartoe een goede stap gezet door de ontwikkeling van een kwaliteitsverklaring en een proefprogramma voor *auditing* en intervisie voor advocaten die aangesloten zijn bij deze verenigingen.¹⁰⁵ Met het nastreven van betere kwaliteit wordt beoogd de patiënt meer recht te doen en de idee is tevens dat verhoging van de kwaliteit van de spelers het schadeafwikkelingsproces doet versnellen.

Wanneer aanbeveling II niet zou worden gevolgd, is voorts een nadere regeling ter waarborging van de kwaliteit van gerechtelijk medisch deskundigen noodzakelijk. In dat geval wordt de wetgever aanbevolen om een Wet deskundige in civiele zaken te ontwikkelen, vergelijkbaar met de regeling betreffende de deskundige in strafzaken (artikelen 51i Sv tot en met artikel 51m Sv). De wet kan worden opgenomen in het Eerste Boek, tweede titel, negende afdeling, van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. In een daarnaast te ontwikkelen Besluit deskundige in civiele zaken dienen de kwaliteitseisen te worden omschreven en dient de verplichte registratie in het *Nederlands* register gerechtelijk deskundigen (NRGD) als voorwaarde voor het optreden als deskundige in rechte te worden opgenomen. De kwaliteitseisen waaraan de gerechtelijk medisch deskundigen zouden moeten worden getoetst, zouden bijvoorbeeld de volgende kunnen zijn: de medisch deskundige beschikt over aantoonbare kennis en ervaring op medisch vakgebied; de medisch

¹⁰⁵ Ten tijde van het schrijven van dit boek is slechts bekend dat in januari 2013 kwaliteitseisen op schrift zijn gesteld. Openbaarheid van dit document is nog niet bewerkstelligd.

deskundige is in staat om de opdrachtgever duidelijk te maken of de vraagstelling voldoende helder is om deze vanuit zijn deskundigheidsgebied te beantwoorden; de medisch deskundige is in staat om een goed en gedegen onderzoeksplan op te stellen en uit te voeren; de medisch deskundige is in staat om zowel schriftelijk als mondeling controleerbaar en in begrijpelijke bewoordingen over de opdracht te rapporteren; de medisch deskundige is in staat de opdracht af te ronden binnen de daarvoor gestelde termijn en de medisch deskundige is in staat om de werkzaamheden als deskundige onafhankelijk, onpartijdig, zorgvuldig, vakbekwaam en integer te verrichten. Aansluiting kan worden gezocht bij de reeds ontwikkelde Gedragscode voor gerechtelijk deskundigen in civielrechtelijke en bestuursrechtelijke zaken.¹⁰⁶ Een integriteitsbeoordeling zou deel uit moeten maken van de aanmeldingsprocedure ten behoeve van het register, zoals ook geldt voor de deskundige in het strafrecht. Voorts zou kunnen worden gedacht aan het verplicht stellen van het volgen van de Specialisatieopleiding Gerechtelijk Deskundige in civiele en bestuurszaken, welke opleiding momenteel een vereiste is voor inschrijving in het *Landelijk* register van gerechtelijk deskundigen (LRGD).

11.5.7 *Aanbeveling VII: opstellen van een Gedragscode Behandeling Medische Zaken*

Een andere ondersteunende aanvulling op aanbeveling II is gericht aan de partijen in het veld: de Letselschade Raad, LSA, ASP, de GAV, de WAA, de Koninklijke Nederlandsche Maatschappij tot bevordering der Geneeskunst, de Nederlandse Patiënten Consumenten Federatie, de Nederlandse Vereniging van Ziekenhuizen, de Nederlandse Federatie van Universitair Medische Centra en het Verbond van Verzekeraars (MediRisk, Centramed, Stichting Personenschade Instituut van Verzekeraars en de rechtsbijstandverzekeraars). Zij heeft een nadere stroomlijning van het buitengerechtelijk traject tot doel. In het bijzonder ziet de aanbeveling op de omgang tussen de (belangenbehartiger van de) patiënt en de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar van de hulpverlener of de hulpverlener (bijvoorbeeld in het geval hij zelf (als eigen risicodragers) de schadeafwikkeling ter hand neemt) alsmede op de omgang met medische informatie door met het oog daarop de GOMA te verfijnen, uit te breiden en meer bekendheid te geven.¹⁰⁷ De met dit voorstel beoogde opzet van een ‘Gedragscode Behandeling Medische Zaken’ dient gedragsregels te bevatten die zijn afgeleid van de morele waarden, normen en verantwoordelijkheden die eigen zijn aan het professioneel behandelen van een medische schadezaak, waarbij ‘Deel A’ en ‘Deel B’ van de

¹⁰⁶ Hoofdstuk 8, par. 8.3.3.2.

¹⁰⁷ Opgemerkt wordt dat de Letselschade Raad zelf ook ‘nieuwe impulsen’ aangaande de GOMA voor ogen heeft, zoals blijkt uit haar voornemen om de GOMA meer bekendheid te geven en een kwaliteitssysteem te ontwikkelen, zie de nieuwsbrief van de Letselschade Raad van december 2012.

GOMA als basis kunnen dienen. Voorts dient de Gedragscode Behandeling Medische Zaken een medische paragraaf te bevatten waarin de wijze waarop met medische informatie van de patiënt moet worden omgegaan, wordt vastgelegd. Aansluiting dient te worden gezocht bij Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW en de Wbp, maar ook bij artikel 8 EVRM en artikel 8 Handvest EU. Als basis daartoe kan het in ontwikkeling zijnde ‘Deel C’ van de GOMA dienen.¹⁰⁸

Aan dezelfde partijen wordt aanbevolen om afspraken te maken over het toezien op naleving van de Gedragscode Behandeling Medische Zaken. In overeenstemming met de behandeling van letselschadezaken in het algemeen zou een Register kunnen worden opgesteld, waarin (zo veel mogelijk) partijen die zich bezig houden met de afdoening van medische aansprakelijkheidskwesties en die de Gedragscode kunnen onderschrijven¹⁰⁹ – in het bijzonder de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraars en zorginstellingen – kunnen worden ingeschreven. Aan de inschrijving in het Register dienen kwaliteitseisen te worden verbonden. Voorts zouden de partijen in het Register jaarlijks moeten worden getoetst via een *self-assessment* en driejaarlijks door middel van dossieronderzoek en een bezoek-*audit*. Een en ander is in overeenstemming met de wijze waarop partijen worden getoetst die in het Register van de Gedragscode Behandeling Letselschade (GBL) ingeschreven staan. De eerste initiatieven in die richting kan ik daarom ondersteunen.¹¹⁰

11.5.8 *Aanbeveling VIII: uitbreiding beschermingsreikwijdte Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW*

In aanvulling op de voorgaande aanbevelingen, maar ook afzonderlijk daarvan, wordt de wetgever aanbevolen om de beschermingsreikwijdte van Boek 7, titel 7, afdeling, 5 BW aan te passen.

In artikel 7:464, eerste lid, BW is reeds bepaald dat indien in de uitoefening van een geneeskundig beroep of bedrijf anders dan krachtens een behandelingsovereenkomst handelingen op het gebied van de geneeskunst worden verricht, Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW van overeenkomstige toepassing is, maar in de praktijk is onduidelijk of zuivere zorgrelaties dezelfde bescherming van afdeling 5 BW genieten. Aanbevolen wordt dan ook om de schakelbepaling van artikel 7:464 BW zodanig in te richten dat zuivere zorgrelaties

108 Ten tijde van het schrijven van dit boek is bekend dat gewerkt wordt aan een Deel C van de GOMA, dat aanbevelingen zal bevatten voor de omgang met medische informatie en het schadeafwikkelingstraject. De inhoud is evenwel nog niet bekend/openbaar.

109 Voor advocaten is dit bijvoorbeeld lastig gezien hun onafhankelijkheidspositie.

110 De Letselschade Raad is ten tijde van het schrijven van dit boek voornemens om een ‘GOMA-register’ op te zetten.

onder de reikwijdte van Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW vallen. Artikel 7:464, eerste lid, BW kan daartoe als volgt worden geformuleerd:

1. *Indien in de uitoefening van een geneeskundig beroep of bedrijf anders dan krachtens een behandelingsovereenkomst handelingen op het gebied van de geneeskunst of handelingen ter verzorging van een persoon worden verricht, zijn deze afdeling alsmede de artikelen 404, 405 lid 2 en 406 van afdeling 1 van deze titel van overeenkomstige toepassing voor zover de aard van de rechtsbetrekking zich daartegen niet verzet.*

Terzijde wordt opgemerkt dat aanname van zowel aanbeveling I als de voorgestelde aanpassing van artikel 7:464, eerste lid, BW met zich brengt dat niet alleen de plichten van Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW op andere behandel- en zorgrelaties van toepassing zijn, maar ook de voorgestelde bewijslastverdeling. Dit is in lijn met de aansprakelijkheid voor arbeidsgerelateerde schade. Zo is in artikel 7:658, vierde lid, BW bepaald dat het regime van dat artikel ook van toepassing is op relaties anders dan krachtens een arbeidsovereenkomst. Voorts wordt ingevolge vaste jurisprudentie van de Centrale Raad van Beroep artikel 7:658 BW naar analogie toegepast op ambtenaren voor wie het BW gezien hun arbeidsrelatie niet geldt.¹¹¹

11.6 SLOTBESCHOUWING, TEvens EINDCONCLUSIE

Het onderhavige onderzoek ving aan met een beschrijving van een probleem: in de zorg wordt in een fors aantal gevallen vermijdbare schade veroorzaakt, terwijl er aanwijzingen zijn dat slechts in een fractie van de gevallen waarin waarschijnlijk een aanspraak op vergoeding van schade bestaat daadwerkelijk tot verhaal van die schade wordt overgegaan. Nog niet eens de helft van de ingediende vorderingen wordt (buiten rechte) gehonoreerd. Uit de toenemende media-aandacht voor vermeende fouten in de zorg blijkt dat patiënten (grote) problemen ervaren bij het verhalen van schade door zo een vermeende fout. Een en ander deed de vraag rijzen welke knelpunten het civiele aansprakelijkheidsrecht kent als het gaat om het verhaal van zorggerelateerde schade en hoe deze (of nieuwe) knelpunten zich manifesteren in het proces dat moet worden gevolgd om het verhaal te effectueren. Om deze reden heeft dit onderzoek – na een analyse van andere mogelijke acties bij zorggerelateerde schade – ten eerste bestaan uit een beschrijving en analyse van het civiele aansprakelijkheidsrecht tegen de achtergrond van medische kwesties. In dat kader werden de rechtsverhouding tussen de hulpverlener en de patiënt, de grondslagen voor aansprakelijkheid van zowel de hulpverlener als de producent, het causaal verband, de voor vergoeding

¹¹¹ Hoofdstuk 10, par. 10.3.2.1.

in aanmerking komende schade en de gangbare praktijk ter verhaal van schade aan een onderzoek onderworpen.

Uit de beschrijving en de analyse is van een aantal knelpunten gebleken. Het meest in het oog springende knelpunt is de last tot het leveren van het bewijs van de normschending door de hulpverlener. Dit knelpunt wordt veroorzaakt door de bewijslastverdeling – de patiënt moet een normschending stellen en, bij betwisting, bewijzen – en hangt samen met de omstandigheid dat het niveau van zorg dat een hulpverlener jegens de patiënt moet betrachten niet concreet is geformuleerd en de omstandigheid dat hulpverleners de patiënt of zijn nabestaanden bij (merkbare) schade niet (in voldoende mate) informeren over het feit dat zich een incident heeft voorgedaan dat mogelijk debet is aan de schade van de patiënt. Dit laatste is tevens de oorzaak van een ander knelpunt: wanneer een medische hulpzaak als mogelijke oorzaak is aan te wijzen, weet de patiënt niet of de hulpverlener een fout heeft gemaakt of dat de oorzaak in een gebrek in het product is gelegen met als gevolg dat onduidelijk is wie de patiënt voor het verhaal van zijn schade moet aanspreken. En hoe aan te tonen dat een product gebrekkig is? Het is ook de bewijslastverdeling, mede in samenhang gezien met het feit dat de norm waaraan het gedrag van de hulpverlener moet worden getoetst zich niet concreet laat vaststellen en de omstandigheid dat de hulpverlener onvoldoende openheid geeft over de toedracht van het incident, die tot uiting komt in de praktijk. Omdat de patiënt degene is die een normschending door de hulpverlener of een gebrek in een product moet aantonen, is hij ook degene die afhankelijk is van juridische en medische bijstand, van bewijs in de vorm van deskundigenberichten en van de medewerking van een partij – de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar als vertegenwoordiger van de hulpverlener of de producent – die erbij is gebaat om het bestaan van een recht op schadevergoeding te ontkennen. Niet zelden blijken de kosten van verhaal van schade zeer hoog op te lopen, duurt het afwikkelingsproject lang en is het aannemelijk dat de patiënt gefrustreerd raakt. Ook zijn knelpunten gesignaleerd ten aanzien van de waarborg van kwaliteit van de belangenbehartigers, medisch adviseurs en medisch deskundigen, blijkt van discussie over de vraagstelling aan de deskundige en is sprake van onvoldoende of ter discussie staande bescherming van de patiënt als het op het opvragen en beoordelen van zijn medische gegevens aankomt. Genoemd zijn tevens de problematiek aangaande het leveren van het bewijs van een *condicio sine qua non*-verband tussen een normschending of een gebrek in een product en de schade van de patiënt, de onduidelijkheid ten aanzien van de toepassing van Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW op relaties waarin louter zorg aan de patiënt wordt verleend en de (onmogelijkheid) van direct betrokkenen om schade te verhalen die buiten het bestek van artikel 6:107 BW en 6:108 BW valt.

De conclusie dat in een en ander een aanwijzing ligt voor de aanname dat (een deel van) de opmerkelijke discrepantie tussen het vermoede aantal gevallen waarin een deugdelijke

aanspraak op schadevergoeding bestaat en het aantal patiënten (of wettelijk vertegenwoordigers of nabestaanden) dat daadwerkelijk een vordering indient, (mede) haar verklaring zou kunnen vinden in de drempels van het civiele aansprakelijkheidsrecht en het proces dat moet worden gevolgd om het verhaal van schade te effectueren, gaf aanleiding voor een zoektocht naar verandering. Om deze reden heeft dit onderzoek ten tweede bestaan uit een beschrijving en analyse van twee andere juridische vormen om zorggerelateerde schade te verhalen – een patiëntenverzekering en een fonds waaruit gedupeerden ook zonder dat zij een fout kunnen aantonen, gecompenseerd kunnen worden –, een beschrijving en analyse van een aansprakelijkheidssysteem met een andere inrichting van de praktijk en een beschrijving en analyse van een aansprakelijkheidssysteem met een wettelijke verankering van bewijsvermoedens. Ook is een beschrijving gegeven van de materieelrechtelijke regeling zoals vervat in het wetsvoorstel Wet cliëntenrechten zorg, de wettelijke regeling ter zake verhaal van arbeidsgelateerde schade en de wettelijke regeling ter zake verhaal van verkeersgerelateerde schade, zulks met het doel te bezien of deze regelingen een andere wijze van verhaal van schade voorstaan die als alternatief kunnen dienen.

De conclusie die uit dit deel van het onderzoek kan worden getrokken, is dat de alternatieven geen alles omvattende oplossing bieden en soms nieuwe bezwaren oproepen. Desalniettemin kan met name een combinatie van alternatieven die binnen het civiele aansprakelijkheidssysteem blijven oplossingen bieden om het verhaal van zorggerelateerde schade te vereenvoudigen. Ook een andere inrichting van de praktijk – in het bijzonder de integratie van deskundigen – kan tot vereenvoudiging bijdragen.

Een en ander heeft geleid tot de volgende twee aanbevelingen:

- een herverdeling van de bewijslast ter zake de normschending; en
- de inrichting van een medische kamer bij één gerecht, bestaande uit rechters en medisch deskundigen.

Deze twee aanbevelingen zijn gericht op de belangrijkste knelpunten en ik heb daarvoor de in mijn ogen meest effectieve oplossingen aanbevolen. Dat neemt niet weg dat er ter ondersteuning ook op andere terreinen aanbevelingen nodig zijn. Dit heeft geleid tot de volgende aanvullende aanbevelingen:

- een wettelijke plicht om openheid te verschaffen over de aard en toedracht van calamiteiten en/of incidenten met een sanctie in de bewijslastsfeer als deze plicht wordt geschonden;
- de wettelijke inrichting van een organisatie belast met het stimuleren van protocollering ter invulling van de professionele standaard;

- de wettelijke verankering van het vermoeden van afwezigheid van toestemming voor de geneeskundige behandeling bij schending van de informatieplicht door de hulpverlener;
- het creëren van waarborgen ter verbetering van de kwaliteit van de belangenbehartiger, de medisch adviseur en de medisch deskundige;
- de ontwikkeling van een Gedragscode Behandeling Medische Zaken.

Tot slot is een (‘rest’)aanbeveling gedaan om het toepassingsbereik van Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW uit te breiden.

De aanbevelingen zijn gedaan met het doel tot een aanvaardbare wijze van verhaal van zorggerelateerde schade te komen, die recht doet aan en passend is voor de situatie waarin patiënten onbedoeld terecht kunnen komen. Immers, waar de geneeskundige behandeling de patiënt beoogt te genezen, moet worden vastgesteld dat zorggerelateerde schade, ondanks preventieve maatregelen, vóórkomt en dat daar waar gewerkt wordt, fouten worden gemaakt. Alle schade voorkómen is dus een mooi ideaal, maar niet realistisch. Wat wel realistisch is, is het op passende wijze datgene goed maken wat met de fout is aangedaan. Dat kan in de vorm van herstel en, wanneer herstel niet mogelijk is, door het vergoeden van schade. Het enige dat resteert, is een aanvaardbare juridische en praktische regeling van verhaal van schade, opdat de rust in de relatie tussen hulpverlener en patiënt kan terugkeren. Zo een beoogde regeling dient realiteit te worden en niet langer slechts een idealisme.

SAMENVATTING

Uit onderzoek blijkt dat in een fors aantal gevallen in de zorg vermijdbare schade wordt veroorzaakt en dat slechts in een fractie van de gevallen waarin waarschijnlijk een aanspraak op vergoeding van schade bestaat, daadwerkelijk tot verhaal van die schade wordt overgegaan. Het geringe aantal patiënten dat verhaal haalt, is opmerkelijk en vraagt om een verklaring. Uit toenemende media-aandacht kan worden opgemaakt dat het verhalen van dergelijke schade door de patiënt als ingewikkeld, zeer problematisch, tijdrovend en kostbaar wordt ervaren en dat om die reden wordt afgezien van verhaal.

Een en ander roept dan ook de vraag op welke knelpunten het civiele aansprakelijkheidsrecht kent als het om het verhaal van zorggerelateerde schade gaat en hoe deze (of nieuwe) knelpunten zich manifesteren in het proces dat moet worden gevolgd om het verhaal te effectueren. Wanneer de aangetroffen obstakels (mede) de problematiek rondom het verhaal van schade zouden kunnen verklaren, dan is het vervolgens de vraag welke alternatieven een oplossing kunnen bieden.

Het boek dat voorligt, vormt het verslag van een onderzoek naar de antwoorden op deze vragen. Na een algemeen onderzoek naar juridische mogelijkheden als reactie op zorggerelateerde schade (*hoofdstuk 2*) heeft een beschrijving en analyse van het civiele aansprakelijkheidsrecht plaatsgevonden. Achtereenvolgens zijn de rechtsverhouding met de hulpverlener en de daaruit voortvloeiende verplichtingen (*hoofdstuk 3*), de grondslagen voor aansprakelijkheid van de hulpverlener (*hoofdstuk 4*), de grondslagen voor aansprakelijkheid van de producent (*hoofdstuk 5*), het causaal verband (*hoofdstuk 6*), de omvang van de te vergoeden schade en verjaringsperikelen (*hoofdstuk 7*) beschreven. Vervolgens is onderzocht hoe verhaal van zorggerelateerde schade in de praktijk vorm heeft gekregen (*hoofdstuk 8*). Elk hoofdstuk is afgesloten met een signalering van knelpunten. De knelpunten zijn met het oog op mogelijke oplossingen geïnventariseerd, waarna antwoord is gegeven op de centrale vraag (*hoofdstuk 9*). In verband met de vraag of er alternatieven zijn die een oplossing bieden voor de problematiek zijn achtereenvolgens de *no fault* systemen van Zweden en België beschreven, de aansprakelijkheidssystemen van Oostenrijk en Duitsland, het wetsvoorstel Wet cliëntenrechten zorg en de wijze van verhaal van arbeidsgerelateerde schade en verkeersgerelateerde schade (*hoofdstuk 10*). Tot slot is beoordeeld of de onderzochte alternatieven een oplossing kunnen bieden voor de knelpunten en is een aantal aanbevelingen geformuleerd (*hoofdstuk 11*).

DE PATIËNT EN EEN INCIDENT BIJ EEN GENEESKUNDIGE BEHANDELING; EEN VERKENNING

In *hoofdstuk 2* is onderzocht welke verschillende juridische mogelijkheden de patiënt heeft om te reageren op een incident tijdens het zorgproces. Achtereenvolgens zijn verschillende vormen van klachtrecht, het tuchtrecht en de mogelijkheid van strafvervolgning beschreven en geanalyseerd. Tevens is onderzocht hoe het civiele aansprakelijkheidsrecht zich tot deze andere juridische mogelijkheden verhoudt. Dit deel van het onderzoek is van belang, omdat patiënten wellicht alternatieven hebben om schade vergoed te krijgen of om anderszins in hun behoeften te voorzien en deze alternatieven van invloed kunnen zijn op het aantal ingediende vorderingen via het civiele aansprakelijkheidsrecht. Uit het onderzoek is echter gebleken dat de patiënt, wil hij bevredigd worden in zijn behoefte om schade te verhalen, het civiele aansprakelijkheidsrecht moet benutten. Alleen het civiele aansprakelijkheidsrecht heeft (bij uitstek) een compensatiefunctie en kent als uitgangspunt volledige vergoeding van de schade.

DE RECHTSVERHOUDING TUSSEN DE PATIËNT EN DE ARTS OF HET ZIEKENHUIS

In *hoofdstuk 3* is in het kader van de beantwoording van de vraag of in het civiele aansprakelijkheidsrecht obstakels kunnen worden gevonden die een verklaring kunnen bieden voor het geringe aantal patiënten dat een vordering indient, een aanvang gemaakt met de analyse van het civiele aansprakelijkheidsrecht tegen de achtergrond van zorggerelateerde schade door de rechtsverhouding en de daaruit voortvloeiende verplichtingen te onderzoeken. Gebleken is dat de contractuele rechtsverhouding uitgangspunt is; tussen de patiënt en de arts of het ziekenhuis ontstaat doorgaans een overeenkomst inzake geneeskundige behandeling. Partijen bij de overeenkomst zijn de patiënt enerzijds en de arts of het ziekenhuis anderzijds, al naar gelang de arts zelfstandig handelde of in loondienst. Onder omstandigheden kan de patiënt worden vertegenwoordigd door een wettelijk vertegenwoordiger, bijvoorbeeld in het geval van een minderjarige handelingsonbekwame patiënt. De uit de behandelingsovereenkomst voortvloeiende verplichtingen worden bepaald door nationale en Europese wetgeving, afspraken en redelijkheid en billijkheid. De belangrijkste verplichtingen van de arts en het ziekenhuis ten opzichte van de patiënt staan beschreven in Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW.

Een en ander neemt niet weg dat zich situaties kunnen voordoen, waarbij de relatie tussen de arts en de patiënt of het ziekenhuis en de patiënt niet kan worden geduid als een overeenkomst inzake geneeskundige behandeling. Er doen zich uitzonderingssituaties voor die voornamelijk zijn terug te voeren op het ontbreken van wilsovereenstemming. Genoemd zijn de situatie waarin de patiënt comateus is, maar ook de situaties waarin de patiënt

gedetineerd zit of ter beschikking is gesteld. Desalniettemin zijn op deze verhoudingen de in Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW geregelde verplichtingen van overeenkomstige toepassing, voor zover de aard van de (bijzondere) rechtsbetrekking tussen de arts en de patiënt of het ziekenhuis en de patiënt zich niet tegen toepassing ervan verzet.

De verplichtingen die in Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW worden geregeld betreffen de informatieplicht, de verplichting om bij de werkzaamheden de zorg van een goed hulpverlener in acht te nemen, de dossierplicht, de geheimhoudingsplicht en de plicht om bij behandeling de privacy van de patiënt in acht te nemen. Een behandelplicht wordt niet beschreven, maar desalniettemin wordt er vanuit gegaan dat een arts deze plicht doorgaans wel heeft. Omdat een tekortkoming in de nakoming van de verplichtingen de basis legt voor de aansprakelijkheid van de hulpverlener is het van belang om te weten wat de strekking van de verschillende verplichtingen is. Eveneens is het van belang om te weten of zich omstandigheden kunnen aandienen waaronder de verplichting niet geldt. In dat laatste geval zal immers niet gauw van een tekortkoming sprake zijn. Om deze redenen zijn de klassieke verplichtingen van de hulpverlener nader beschreven en is geïnventariseerd wat hun doel, inhoud en beperkingen zijn. De verplichting om bij de werkzaamheden de zorg van een goed hulpverlener in acht te nemen, neergelegd in artikel 7:453 BW, overstijgt alle verplichtingen (het betreft een kapstokbepaling) en behelst dé toetsingsmaatstaf voor het antwoord op de vraag of de hulpverlener is tekortgeschoten.

Het hoofdstuk is afgesloten met een signalering van knelpunten die verband houden met de wijze waarop de rechtsverhouding is geregeld en de wijze waarop inhoud wordt gegeven aan de verplichtingen die uit de rechtsverhouding voortvloeien.

GRONDSLAGEN VOOR AANSPRAKELIJKHEID VAN DE ARTS EN HET ZIEKENHUIS

In *hoofdstuk 4* is de verkenning van het civiele aansprakelijkheidsrecht tegen de achtergrond van zorggerelateerde schade vervolgd met een beschrijving en analyse van de grondslagen voor aansprakelijkheid van de arts en het ziekenhuis. Gebleken is dat er vier grondslagen zijn te onderscheiden.

Het civiele aansprakelijkheidsrecht kent ten eerste de tekortkoming in de nakoming van een contractuele verplichting als grondslag voor een recht op schadevergoeding. Deze grondslag veronderstelt de aanwezigheid van een overeenkomst tussen de hulpverlener en de patiënt. Doorgaans is deze aanwezig: de hulpverlener en de patiënt sluiten een behandelingsovereenkomst. De meest gangbare grondslag waarop een patiënt zijn vordering tot schadevergoeding kan baseren, is dan ook de tekortkoming van de hulpverlener in de nakoming van een contractuele verplichting. De meeste verplichtingen die uit de behande-

lingsovereenkomst voortvloeien, staan in Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW. Een van de verplichtingen van de hulpverlener betreft de plicht zich bij zijn werkzaamheden te gedragen als een ‘goed hulpverlener’, zulks in overeenstemming met de op hem rustende verantwoordelijkheid, voortvloeiende uit de voor hulpverleners geldende professionele standaard. De plicht is geformuleerd in artikel 7:453 BW. Het artikel behelst een zorgvuldigheidsnorm die de maatstaf van ‘juist’ gedrag weergeeft. De norm wordt enerzijds ingevuld door gedragsregels, richtlijnen en protocollen van de medische beroepsgroep en anderzijds door de rechten van de patiënt. De norm wordt begrensd door het oordeel van de rechter aan wie het handelen van de hulpverlener ter beoordeling wordt voorgelegd.

Wil de hulpverlener een tekortkoming kunnen worden verweten, dan is vereist dat komt vast te staan dat de hulpverlener in strijd heeft gehandeld met zijn zorgplicht uit de behandelingsovereenkomst. Dat gehandeld is in strijd met de zorgplicht is echter niet zonder meer aangetoond. Ingevolge de hoofdregel van artikel 150 Rv is het namelijk aan de patiënt om het bewijs te leveren, terwijl juist de patiënt niet goed in staat blijkt te zijn om met de noodzakelijke onderbouwing te komen. Dit wordt enerzijds veroorzaakt door de omstandigheid dat de aard van de verplichting om zorgvuldig te behandelen een inspanningsverplichting is en anderzijds door de omstandigheid dat de patiënt onwetend is met betrekking tot hetgeen zich feitelijk bij zijn geneeskundige behandeling heeft voorgedaan. Weliswaar rust op de arts een verzwaarde motiveringsplicht in welk kader hij de patiënt handvatten ter onderbouwing van zijn vordering moet geven – denk aan het overleggen van het medisch dossier –, maar ook deze plicht heft de last niet op. Niet zelden ontbreken er aanwijzingen voor onjuist handelen in het medisch dossier en kan de patiënt om die reden zijn gelijk niet aantonen, terwijl de hulpverlener door middel van een aanvullende verklaring een gebrek in het dossier kan repareren. De patiënt heeft dan ook meestal een medisch deskundigenbericht nodig om hem van het nodige bewijs te voorzien.

Is de tekortkoming van de hulpverlener aangetoond, dan ontstaat een recht op vergoeding van schade. De grondslag van de tekortkoming vereist echter ook toerekenbaarheid aan de dader. De hulpverlener kan zich ingevolge artikel 6:75 BW van aansprakelijkheid bevrijden door te stellen en, bij betwisting, te bewijzen dat de tekortkoming het gevolg is van omstandigheden die niet aan zijn schuld zijn te wijten, noch krachtens de wet of de verkeersopvattingen voor zijn risico behoren te komen. Er zijn maar zeer weinig gevallen bekend waarin een verweer op het ontbreken van schuld slaagt. De reden voor de afwezigheid van uitspraken die een geslaagd beroep op afwezigheid van schuld aantonen, is gelegen in het feit dat normschending en verwijtbaarheid van de arts doorgaans samenvallen. Bovendien vindt veelal alsnog toerekening plaats krachtens de verkeersopvatting. Toerekening van de tekortkoming krachtens de wet vindt plaats ingeval van een toerekenbare tekortkoming van een hulppersoon en ingeval de tekortkoming van de hulpverlener het

gevolg is van het gebruik van een ongeschikte hulpzaak. Deze laatste regel lijdt uitzondering, indien de verkeersopvattingen in het concrete geval met zich brengen dat toerekening niet behoort plaats te vinden. Uit de analyse van de rechtspraak en literatuur is gebleken dat de verkeersopvattingen wijzen op een vergaande aansprakelijkheid van de hulpverlener voor ongeschikte hulpzaken. Uit de besproken (recente) rechtspraak en literatuur kan de algemene regel worden gedestilleerd dat aansprakelijkheid van de hulpverlener voor een tekortkoming door een ongeschikte hulpzaak alleen dan niet behoort plaats te vinden als de hulpverlener stelt en, bij betwisting, bewijst dat de oorzaak van de schade ligt in een veiligheidsgebrek dat reeds aanwezig was bij het in het verkeer brengen van het product, de patiënt bekend is met de identiteit van de producent van het product en dat de patiënt zodanig is geïnformeerd over de toedracht dat verhaal op de producent door de patiënt mogelijk moet worden geacht (objectief criterium).

De andere grondslag waarop verhaal van schade kan worden gebaseerd, is de buitencontractuele grondslag van de onrechtmatige daad. Deze grondslag kan alleen worden gebruikt in die situaties waarin een behandelingsovereenkomst tussen de hulpverlener de patiënt ontbreekt of wanneer de tekortkoming van de hulpverlener ook los van de schending van een contractuele verplichting, een onrechtmatige daad oplevert. Voorts is de onrechtmatige daad de grondslag die door derden moet worden ingeroepen wanneer zij hun eigen (niet van de patiënt afgeleide) schade op de hulpverlener willen verhalen. De door de hulpverlener in acht te nemen zorgvuldigheid is bepalend voor een oordeel over de (on)rechtmatigheid. Oftewel, ook in de buitencontractuele relatie is doorslaggevend de zorg die een goed hulpverlener in acht dient te nemen. Voorts is ook in de buitencontractuele rechtsverhouding de patiënt ingevolge de hoofdregel van artikel 150 Rv aan zet om de onrechtmatigheid en de toerekenbaarheid van de daad te bewijzen. Het hoeft geen betoog dat de patiënt buiten contract met dezelfde bewijsrechtelijke problemen wordt geconfronteerd.

De kwalitatieve aansprakelijkheden vormen een derde, eveneens buitencontractuele, grondslag. Anders dan bij de grondslag van de onrechtmatige daad, sluit de aanwezigheid van een contractuele relatie toepassing van de regels van de kwalitatieve aansprakelijkheid niet uit. Wil de hulpverlener kwalitatief aansprakelijk zijn dan is – kort gezegd – vereist dat de (niet-)ondergeschikte een fout heeft gemaakt, de gebruikte hulpzaak gebrekkig was, de opstal in een gebrekkige toestand verkeerde en/of de gebruikte stof gevaarlijk was. Op de patiënt rust de bewijslast te dier zake.

De vierde grondslag betreft de centrale aansprakelijkheid van het ziekenhuis. De grondslag is fictief, omdat een mede-aansprakelijkheid van het ziekenhuis wordt gecreëerd louter op basis van de omstandigheid dat de geneeskundige behandeling binnen de muren van het ziekenhuis plaatsvond. Ook voor de centrale aansprakelijkheid van het ziekenhuis is vereist

dat de arts in strijd handelde met zijn zorgplicht uit de behandelingsovereenkomst, hetgeen de patiënt moet aantonen. De centrale aansprakelijkheid geldt bovendien alleen wanneer de arts aan wie onzorgvuldig gedrag wordt verweten in een contractuele relatie stond tot de patiënt.

Het hoofdstuk is afgesloten met een signalering van knelpunten die verband houden met de grondslagen voor aansprakelijkheid van de arts en het ziekenhuis.

DE GRONDSLAG VOOR AANSPRAKELIJKHEID VAN DE PRODUCENT

In *hoofdstuk 5* zijn de grondslagen voor aansprakelijkheid van de producent van een medisch product beschreven en geanalyseerd. Door fouten in het productieproces van een medisch hulpmiddel – waardoor een gebrekkig hulpmiddel op de markt wordt gebracht en in gebrekkige toestand bij de behandeling van de patiënt wordt gebruikt – of door onjuiste informatie over het gebruik van een medisch hulpmiddel kan immers evenzeer schade bij de patiënt teweeg worden gebracht.

Uit de analyse is gebleken dat de patiënt twee grondslagen ten dienste staan om de producent voor verhaal van schade aan te spreken. Dit betreft de grondslag van de onrechtmatige daad, artikel 6:162 BW, en de grondslag van artikel 6:185 BW. Artikel 6:185, eerste lid, BW legt op de producent een risicoaansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door een gebrek in een product dat door hem in het verkeer is gebracht. De wettelijke grondslag van de risicoaansprakelijkheid van de producent betreft de implementatie van Richtlijn 85/374/EEG; zij dient dan ook richtlijnconform te worden uitgelegd.

Hoewel samenloop van de grondslagen mogelijk is, ligt het voor de hand dat de patiënt, zo mogelijk, een beroep doet op de grondslag van artikel 6:185 BW. Voor verhaal van schade is immers niet vereist dat de patiënt de onrechtmatigheid van het gedrag aantoont, zoals wel vereist is bij de grondslag van de onrechtmatige daad. Evenmin is het bewijs van schuld of een andere toerekeningsgrond van de daad aan de producent vereist. Om die reden is in hoofdstuk 5 voornamelijk ingegaan op de vereisten voor toepassing van de grondslag voor de risicoaansprakelijkheid van de producent. Achtereenvolgens is beschreven wie onder de producent wordt begrepen, wat een product is, wat onder een gebrek in een product wordt verstaan en welke schade voor vergoeding in aanmerking komt. Samengevat en voor zover van dit onderzoek van belang, kan uit de beschrijving worden afgeleid dat op een fabrikant – waaronder onder omstandigheden ook een ziekenhuis kan worden begrepen – van een medisch product, zoals bloed, een geneesmiddel of een prothese, een risicoaansprakelijkheid rust, wanneer het bloed, het geneesmiddel of de prothese niet beantwoordt aan de veiligheidseisen die de patiënt van het product mag

verwachten, als gevolg waarvan de patiënt is overleden of lichamelijk letsel heeft opgelopen. De patiënt moet stellen, en bij betwisting, bewijzen dat het product niet de te verwachten veiligheid bood en dat hij schade heeft geleden die het gevolg daarvan is.

Het hoofdstuk is afgesloten met een signalering van knelpunten die verband houden met de grondslag(en) voor aansprakelijkheid van de producent.

CAUSAAL VERBAND

In *hoofdstuk 6* is het causaal verband, als tweede vereiste voor de mogelijkheid tot afwenteling van schade op een ander, beschreven en geanalyseerd. Gebleken is dat het juridisch causaal verband zich laat onderscheiden in een *condicio sine qua non*-verband en de beantwoording van de vraag of de schade in redelijkheid aan de dader, in kwesties van zorggerelateerde schade de hulpverlener of producent, kan worden toegerekend.

De eis van een *condicio sine qua non*-verband volgt uit het materiële recht en geeft de minimumeis weer voor het recht op schadevergoeding; steeds is het de vraag of de schade was uitgebleven indien de normschending of de gebeurtenis niet had plaatsgehad. Pas als deze vraag bevestigend kan worden beantwoord, is voldaan aan de voorwaarde dat de normschending of gebeurtenis oorzaak is. Complex zijn dan ook de gevallen waarin meerdere gebeurtenissen oorzaak zijn, zoals meerdere gebeurtenissen waarvoor de hulpverlener of de producent aansprakelijk is of de aanwezigheid van een oorzaak die in de invloedsfeer van de patiënt ligt; in deze gevallen laat het *condicio sine qua non*-verband zich niet eenvoudig vaststellen. De wet biedt echter een oplossing: ingevolge artikel 6:102 BW zijn de verschillende aansprakelijke personen hoofdelijk aansprakelijk voor de schade en ingeval van een omstandigheid die de patiënt wordt toegerekend, wordt de schadevergoedingsplicht met dat eigen aandeel verminderd.

Ingevolge de hoofdregel van artikel 150 Rv is de patiënt degene die het *condicio sine qua non*-verband moet stellen en, bij betwisting, moet bewijzen. Dit is geen eenvoudige opgave als wordt bedacht dat in nogal wat gevallen onduidelijk is of de normschending of het gebrek in het product wel de oorzaak is geweest en/of wat de invloed van die normschending of het gebrek is geweest op de gezondheidstoestand van de patiënt. Die onduidelijkheid wordt gecreëerd door de omstandigheid dat het menselijk lichaam een ongewisse factor is en op voorhand niet duidelijk is hoe het genezingsproces van de desbetreffende patiënt zal verlopen. De patiënt is dan ook veelal aangewezen op een medisch deskundigenbericht of op bewijsrechtelijke handvatten. In het kader van mogelijke handvatten zijn de omkeringsregel, de regel van alternatieve causaliteit en de proportionele aansprakelijkheid beschreven en geanalyseerd. Kort gezegd biedt de omkeringsregel een handvat door een

bewijsvermoeden te creëren in die gevallen waarin sprake is geweest van schending van een norm die ertoe strekte een specifiek gevaar ter zake van het ontstaan van de schade te voorkomen en in het concrete geval die schade zich heeft verwezenlijkt. De regel van alternatieve causaliteit biedt een handvat door in die gevallen waarin het handelen van twee of meer hulpverleners en/of producenten centraal staat en onduidelijk is wie de werkelijke schadeveroorzakende dader is, de bewijslast om te keren: de hulpverlener of producent die meent dat zijn gedrag of product geen aandeel heeft gehad, moet dit bewijzen. De regel van de proportionele aansprakelijkheid biedt een handvat door de causaliteit te benaderen via de weg van de veroorzakingswaarschijnlijkheid; niet de gehele schade komt voor vergoeding in aanmerking, maar alleen dat deel dat naar waarschijnlijkheid te relateren is aan een normschending van de hulpverlener of een gebrek in het product van de producent. De genoemde handvatten bieden overigens geen oplossing voor een ander probleem dat zich in het kader van de bewijslastverdeling voordoet: in die gevallen waarin de normschending van de hulpverlener of de gebrekkigheid van het product gelegen is in het verzuim de patiënt informatie over aan de geneeskundige behandeling inherente risico's te verschaffen, moet de patiënt stellen en, bij betwisting, bewijzen dat hij, had hij wel de juiste informatie over de risico's ontvangen, van de behandeling had afgezien of een alternatief had verkozen dat de risico's of vergelijkbare risico's niet kende. Wel kan hier de vergoeding van integriteitsschade een uitkomst bieden, zijnde een vergoeding voor het feit dat het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt is doorkruist. Deze mogelijkheid is daarom nader verkend.

Staat het *condicio sine qua non*-verband vast, dan volgt de beoordeling van de toerekeningsvraag. Beschreven is onder welke omstandigheden toerekening van de schade aan de hulpverlener plaatsvindt en onder welke omstandigheden niet.

Het hoofdstuk is afgesloten met een signalering van knelpunten die verband houden met het causaal verband.

SCHADEVERGOEDING EN VERJARING

In *hoofdstuk 7* is ten eerste verkend welke schade voor vergoeding in aanmerking komt. Bij de beschrijving is een onderscheid gemaakt tussen de schade van de patiënt en de schade van derden. Derden zijn direct betrokkenen (familie, vrienden), nabestaanden, partner en kind en regresnemers zoals de werkgever en uitvoeringsinstanties.

Uit de analyse is gebleken dat de patiënt recht heeft op vergoeding van vermogensschade en ander nadeel. Vermogensschade ziet bijvoorbeeld op gemaakte kosten of verlies van arbeidsvermogen. Andere vermogensschade ziet op de buitengerechtelijke kosten ter

vaststelling van aansprakelijkheid en ter verkrijging van voldoening buiten rechte; deze kosten worden vergoed voor zover redelijk. De opvoedkosten en de inkomensschade van de patiënte in situaties van *wrongful birth* en *wrongful life* betreft evenzeer, aan medische aansprakelijkheid inherente, vermogensschade.

Nadeel dat niet in vermogensschade bestaat geeft recht op een naar billijkheid vast te stellen schadevergoeding wanneer de patiënt door de normschending of het gebrek in het medisch product lichamelijk of geestelijk letsel heeft opgelopen of anderszins is aangetast in zijn persoon. Een voorbeeld van een aantasting in de persoon is de aantasting van het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt, meer in het bijzonder de aantasting in het recht om te kiezen voor een afbreking van de zwangerschap als gevolg van onjuiste of onvoldoende informatie. Het is overigens de vraag of elke aantasting van het zelfbeschikkingsrecht door onjuiste of onvolledige informatie kan worden aangemerkt als een aantasting in de persoon die recht geeft op een schadevergoeding. Uit de jurisprudentie en literatuur kan worden afgeleid dat een zekere ernst van de aantasting vereist is, de patiënt een andere keuze zou hebben gemaakt ware hij juist geïnformeerd en dat de patiënt lichamelijk of geestelijk letsel heeft ondervonden.

Uit de analyse is voorts gebleken dat direct betrokkenen, nabestaanden en regresnemers een wettelijk geregeld recht hebben op vergoeding van, van de gezondheidsschade van de patiënt afgeleide, schade. Kort gezegd worden voorgeschoten kosten vergoed evenals kosten die door de hulp van de derde zijn uitbespaard. Deze derden hebben geen recht op vergoeding van ander nadeel. Ook een vergoeding voor shockschade is om uiteenlopende redenen in medische zaken nog niet toegewezen. De partner in een *wrongful birth*- of *wrongful life*-situatie en het kind in een *wrongful life*-situatie nemen daarentegen een andere positie in. Zij lijden schade die het gevolg is van een rechtstreeks jegens hen gepleegde onrechtmatige daad en dat maakt dat zij recht hebben op vergoeding van hun vermogensschade en het ander nadeel dat zij ondervinden.

In hoofdstuk 7 is ten tweede verkend in hoeverre de patiënt (of nabestaanden) een verweer tot verjaring van de vordering kan worden tegengeworpen. Zo dit verweer zou slagen, dan kan de patiënt zijn recht op schadevergoeding niet langer afdwingen. Uit de beschrijving en analyse is gebleken dat de patiënt een vijfjaarstermijn kan worden tegengeworpen, die begint te lopen op de dag dat de patiënt daadwerkelijk in staat is om een rechtsvordering in te stellen. In de jurisprudentie is dit vereiste nader uitgewerkt. Kort gezegd, komt de jurisprudentie erop neer dat zolang de patiënt in onvoldoende mate zekerheid heeft over de vraag of hij gezondheidsschade heeft geleden en over de oorzaak van zijn gezondheidsschade en aldus onduidelijk is dat daaraan mogelijk een medische fout van een hulpverlener ten grondslag ligt, de verjaringstermijn nog niet gaat lopen. Als daarentegen in voldoende

mate zeker is dat het handelen van de hulpverlener debet is aan zijn schade, dan mag van de patiënt worden verlangd dat hij de hulpverlener aanspreekt, waarbij uiteraard de eis geldt dat de patiënt ook met de identiteit van de hulpverlener bekend is. De patiënt kan evenzeer een twintigjaarstermijn worden tegengeworpen doch als gevolg van een aanpassing van de wet wordt personenschade aan de werking van deze absolute termijn onttrokken. Verkend zijn bovendien de mogelijkheden tot stuiting van de verjaring. Heeft de patiënt te maken met een gebrekkig product als oorzaak van zijn schade dan geldt een ander verjaringsregime. De termijnen zijn korter – drie en tien jaar – en de tienjaarstermijn kan niet worden gestuit.

Het hoofdstuk is afgesloten met een signalering van knelpunten die verband houden met schadevergoeding en verjaring.

VERHAAL VAN ZORGERELATEERDE SCHADE IN DE PRAKTIJK

De onderzoeksvraag vereiste naast een beschrijving en analyse van het civiele aansprakelijkheidsrecht ook een beschrijving en analyse van de wijze waarop verhaal van schade in de praktijk plaatsvindt. Deze praktijkanalyse heeft in *hoofdstuk 8* plaatsgevonden en is verdeeld in een onderzoek naar het buitengerechtelijk traject en de gerechtelijke bodemprocedure in eerste aanleg.

In de buitengerechtelijke fase bepalen met name de belangenbehartiger van de patiënt, de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar van de hulpverlener, de medisch adviseur(s) en de medisch deskundige(n) het proces. In het geval een gebrekkig product als (mede-)oorzaak van de schade is aan te wijzen, speelt de belangenbehartiger of de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar van de producent als vijfde partij een rol. Zij bekijken het incident vanuit verschillend perspectief en zij hebben uiteenlopende, soms tegengestelde, belangen die van invloed zijn op het proces dat moet worden gevolgd om het verhaal van schade te effectueren. De patiënt, de hulpverlener en de producent treden in deze fase terug. In de gerechtelijke fase is een belangrijke rol toebedeeld aan de procespartijen en hun advocaat, evenals aan de rechter en de medisch deskundige die de rechter moet voorlichten. Geanalyseerd is daarom de wijze waarop de belangenbehartiger van de patiënt, de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar van de hulpverlener, de medisch adviseur en de medisch deskundige aan hun rol invulling geven en hoe zij kwaliteit leveren. Dezelfde analyse heeft plaatsgevonden ten aanzien van de rechter en de gerechtelijk medisch deskundige

Gelet voorts op het belang van de medische informatie over de patiënt bij de beoordeling van de aansprakelijkheid en het causaal verband is ook aandacht besteed aan de wijze waarop zowel in het buitengerechtelijk traject als in de gerechtelijke bodemprocedure met

die medische informatie dient te worden omgegaan. Daarnaast is ingegaan op de kosten die met deskundige bijstand zijn gemoeid, nu ook dit een aspect is dat van invloed is op het verhaal van schade.

Bij de analyse van het buitengerechtelijk traject is bovendien aandacht besteed aan twee procedures die tijdens het buitengerechtelijk traject kunnen plaatsvinden: de verzoekschrift-procedure tot benoeming van een medisch deskundige en de deelgeschilprocedure. De verzoekschriftprocedure wordt gebruikt teneinde een geschil te beslechten aangaande de benoeming van een medisch deskundige en de aan hem te stellen vragen. De deelgeschil-procedure wordt gebruikt teneinde op onderdelen een oordeel van de rechter te verkrijgen.

Het hoofdstuk is afgesloten met een signalering van knelpunten die verband houden met het proces dat moet worden gevolgd om het verhaal van schade te effectueren.

DE KNELPUNTEN NADER BESCHOUWD; EEN TUSSENBALANS

De in elk hoofdstuk gesignaleerde knelpunten zijn in *hoofdstuk 9* geïnventariseerd. Geconcludeerd is dat de gesignaleerde knelpunten voor een frustratie van het verhaal van zorggerelateerde schade kunnen zorgen en dat zij van de weg van het verhaal van schade een complexe, langdurige en kostbare aangelegenheid maken. Hierin ligt een aanwijzing voor de aanname dat (een deel van) de opmerkelijke discrepantie tussen het vermoede aantal gevallen waarin een deugdelijke aanspraak op schadevergoeding bestaat en het aantal patiënten (of wettelijk vertegenwoordigers of nabestaanden) dat daadwerkelijk een vordering indient, (mede) haar verklaring zou kunnen vinden in de drempels van het civiele aansprakelijkheidsrecht en het proces dat moet worden gevolgd om het verhaal van schade te effectueren.

Het hoofdstuk is afgesloten met een opsomming van de meest belangrijke knelpunten die een oplossing behoeven.

ALTERNATIEVEN VOOR DE HUIDIGE WIJZE VAN VERHAAL VAN ZORGGERE-LATEERDE SCHADE

In *hoofdstuk 10* is onderzocht welke alternatieven er bestaan om zorggerelateerde schade op een ander te verhalen. Gekozen is voor een beschrijving en analyse van twee verschillende *no fault* systemen, één waarbij een uitkering volgt uit een patiëntenverzekering en één waarbij een uitkering volgt uit een fonds. Voorts is ervoor gekozen om onderzoek te doen naar twee aansprakelijkheidssystemen: één waarbij het verhaal in de praktijk afwijkend is en één waarbij de materiële regeling zich kenmerkt door een wettelijke verankering van

bewijsvermoedens. Omdat deze alternatieven gebezigd worden in Zweden, België respectievelijk Oostenrijk en Duitsland, heeft de beschrijving plaatsgevonden tegen de achtergrond van de wijze waarop deze landen hun alternatieve systeem hebben ingericht. Verkend is het wettelijk kader van de *Patientskadelag*, de Wet Medische Ongevallen, het *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* en het *Bürgerliches Gesetzbuch*. Verkend is voorts de wijze waarop de praktijk is ingericht. Daarnaast is onderzocht welke verschillen zijn te ontwaren ten opzichte van Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW en de Nederlandse praktijk tot verhaal van schade.

In hetzelfde hoofdstuk zijn binnenlandse alternatieven beschreven en geanalyseerd. Het betreft ten eerste het wetsvoorstel Wet cliëntenrechten zorg. Andere alternatieven betreffen de wettelijke regeling ter zake het verhaal van arbeidsgerelateerde schade en ter zake het verhaal van verkeersgerelateerde schade. Onderzocht zijn het wettelijk kader en het verhaal van schade in de voorgestelde respectievelijk de arbeidspraktijk en de verkeerspraktijk. Zowel het wetsvoorstel als de twee andere materiële regelingen zijn onderzocht op verschillen met Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW.

WAARDERING VAN DE ALTERNATIEVEN EN AANBEVELINGEN

Hoofdstuk 11 vormt het sluitstuk van het onderzoek. In dit hoofdstuk is antwoord gegeven op de vraag of de onderzochte alternatieven een oplossing bieden voor de knelpunten gemoeid met het verhaal van schade door de voor- en nadelen van de alternatieven te wegen. Gebleken is dat de alternatieven positieve elementen kennen, maar gebleken is ook dat er bezwaren zijn, waardoor niet geconcludeerd kan worden dat met één alternatief een alles omvattende oplossing wordt bereikt. De pluspunten zijn echter van dien aard dat zij een basis konden vormen voor een aanbeveling of voor inspiratie hebben gezorgd.

De meest belangrijke aanbevelingen zien op een herverdeling van de bewijslast ter zake de normschending en op de inrichting van een medische kamer bij één gerecht. Deze twee aanbevelingen zijn gericht op de belangrijkste knelpunten. Daarnaast is een aantal ondersteunende aanbevelingen gedaan. Alle aanbevelingen hebben het doel tot een aanvaardbare wijze van verhaal van zorggerelateerde schade te komen, die recht doen aan en passend is voor de situatie waarin patiënten onbedoeld terecht kunnen komen.

SUMMARY

Research shows that a considerable number of medical care cases involve avoidable injury and that only a fraction of these cases, where claims for compensation of injury would be possible, actually result in a recovery of such damages. It is remarkable that only few patients actually recover damages, raising the question as to what the reasons for this might be. It can be concluded from increasing media attention that the recovery of such damages by the patient is a very complicated, difficult, time-consuming and costly experience and because of this, patients often decide not to recover damages.

All this therefore raises the question as to which obstacles civil liability law poses when it comes to recovering medical care-related damages and how these or new obstacles manifest themselves in the process that has to be followed in order to effectuate recovery. If detected obstacles could (partially) justify the problems associated with the recovery of damages, then the next question would be which alternatives could possibly provide a solution.

This book is a report of the research into answers to these questions. After general research into legal options in response to medical care-related injury (*chapter 2*), you will find a description and analysis of civil liability law. In succession, you will find a description of the legal relationship with the medical professional and the resulting obligations (*chapter 3*), the basis for liability of the medical professional (*chapter 4*), the basis for liability of the manufacturer (*chapter 5*), the causal link (*chapter 6*), the extent of damages to be compensated and the limitation issues (*chapter 7*). Subsequently, research has been conducted as to how, in practice, the recovery of medical care-related damages has taken shape (*chapter 8*). Each chapter is concluded with an indication of the obstacles. The obstacles have been identified with possible solutions in mind, after which the key question (*chapter 9*) has been answered. With respect to the question as to whether there are any alternatives that offer a solution to the problems follows a successive research of the *no fault* systems of Sweden and Belgium, the liability systems of Austria and Germany, the legislative proposal for the Dutch Patients' Rights (Care Sector) Act and the manner of recovering damages regarding work-related injury and traffic-related injury (*chapter 10*). In conclusion, it has been reviewed whether the researched alternatives can offer a solution to the obstacles, and a number of recommendations have been formulated (*chapter 11*).

THE PATIENT AND AN INCIDENT DURING MEDICAL TREATMENT: AN EXPLORATION

Chapter 2 examines which legal options the patient has to respond to an incident during the medical process. Successively, the various forms of the right of complaint, disciplinary law and the possibility of criminal proceedings have been described and analysed. In addition, it has been researched how civil liability law relates to these other legal options. This part of the research is important because patients may have alternatives in recovering damages or otherwise having their needs met and these alternatives may influence the number of claims filed through civil liability law. However, research has shown that the patient should exploit civil liability law if his need for recovering damages is to be satisfied. Only civil liability law (pre-eminently) has a compensation function and this includes, in principle, full compensation of injury.

THE LEGAL RELATIONSHIP BETWEEN THE PATIENT AND PHYSICIAN OR HOSPITAL

In the context of answering the question as to whether obstacles can be found in civil liability law, which may explain why so few patients lodge a claim, *chapter 3* starts with the analysis of civil liability law against the background of medical care-related injury by researching the legal relationship and the obligations resulting from it. It has become evident that the contractual legal relationship is the starting point; an agreement for medical treatment is often formed between the patient and the physician or the hospital. Parties to the agreement are the patient on the one hand and the physician or the hospital on the other hand, depending on whether the physician acted independently or as a hospital employee. In certain circumstances, the patient may be represented by a legal representative, for example in the case of an underage patient who is legally incompetent. Obligations resulting from the treatment agreement are determined by national and European legislation, agreements, reasonableness, and fairness. The main obligations of the physician and the hospital concerning the patient are described in Book 7, title 7, section 5 of the Dutch Civil Code.

All this does not alter the fact that situations may arise in which the relationship between the physician and the patient or between the hospital and the patient cannot be interpreted as an agreement for medical treatment. Exceptional situations may occur that are mainly attributable to the absence of consensus. For instance, a situation where the patient is comatose, but also situations where the patient is detained in custody or placed under a hospital order. Nevertheless, the obligations laid down in Book 7, title 7, section 5 of the Dutch Civil Code apply *mutatis mutandis* to these relationships, insofar as the nature of

the (special) legal relationship between the physician and the patient or between the hospital and the patient does not oppose their application.

The obligations contained in Book 7, title 7, section 5 of the Dutch Civil Code concern the obligation to provide information, the obligation to provide the care as befits a good medical professional, the obligation to maintain a patient record, the obligation of confidentiality and the obligation to respect the patient's privacy during treatment. A treatment obligation is not described, but it is nevertheless assumed that a physician does have such obligation. Because a failure to fulfil obligations forms the basis for the medical professional's liability, it is important to know what the various obligations entail. It is just as important to know whether circumstances may occur in which the obligation does not apply. After all, in the latter case, one would not readily speak of failure. This is why the traditional obligations of medical professionals have been described in detail and the purpose, content and limitations of such obligations have been identified and listed. The obligation to provide the care as befits a good medical professional as laid down in Section 7:453 of the Dutch Civil Code transcends all other obligations (it is a catch-all provision) and includes the assessment standard for answering the question as to whether or not the medical professional has failed.

The chapter is concluded with an indication of the obstacles that are related to the manner in which legal relationships are governed and the way in which substance is given to the obligations arising from the legal relationship.

BASIS FOR LIABILITY ON THE PART OF THE PHYSICIAN AND THE HOSPITAL

The exploration of civil liability law against the background of medical care-related injury continues in *chapter 4*. This chapter contains a description and analysis of the basis for liability on the part of the physician and the hospital. It has become evident that four bases can be distinguished.

Firstly, civil liability law recognizes the failure to fulfil a contractual obligation as the basis for a right to compensation. This basis presumes the existence of an agreement between the medical professional and the patient. There usually is such an agreement: the medical professional and the patient enter into a treatment agreement. The most common basis that a patient can use to claim damages is therefore the failure of the medical professional to fulfil a contractual obligation. Most of the obligations resulting from the treatment agreement are found in Book 7, title 7, section 5 of the Dutch Civil Code. One of the obligations of the medical professional concerns the duty to behave as befits a 'good medical professional', when carrying out his duties, in accordance with the responsibility that rests

with him, resulting from the professional code of conduct applicable to medical professionals. This obligation is worded in Section 7:453 of the Dutch Civil Code. The Section includes a standard of care that reflects the criterion of ‘correct’ behaviour. On the one hand, the standard is dictated by rules of conduct, guidelines and protocols of the medical profession and on the other hand by the rights of the patient. This standard is limited by the judgment of the court that rules on the actions of the medical professional.

For a medical professional to be blamed for a failure, it is required to establish that the medical professional acted in breach of his duty of care under the treatment agreement. However, actions in breach of the duty of care are not easy to prove. Pursuant to the main rule of Section 150 of the Dutch Code of Civil Procedure, it is in fact the patient who must furnish proof, while at the same time it appears that the patient is not capable of providing the necessary substantiation. On the one hand, this is due to the circumstance that the nature of the obligation to carefully administer treatment is a best efforts obligation and on the other hand due to the circumstance that the patient is unaware as to what has actually occurred during his medical treatment. It is true that a heavier obligation to provide reasons lies with the physician, in the context of which he must give the patient points of reference in order to substantiate his claim – for example by handing over the medical record – but even this obligation does not eliminate the burden. Not infrequently, evidence of incorrect actions is missing from the medical record and the patient is unable to prove that he is right, while the medical professional has the option to remedy a defect in the medical record by supplying a supplementary statement. The patient therefore usually requires an expert opinion in order to obtain the necessary evidence.

By demonstrating failure on the part of the medical professional, the patient is entitled to compensation of injury. However, the basis for the failure also requires accountability on the part of the offender. Pursuant to Section 6:75 of the Dutch Civil Code, the medical professional may be released from liability by stating and, if contested, proving that the failure was due to circumstances for which he cannot be blamed and that are not at his risk, neither under the law nor according to prevailing opinion. There are very few known cases in which a defence based on the absence of guilt is successful. The reason for the absence of judgments that prove a successful reliance on the absence of guilt lies in the fact that a violation of standards and culpability on the part of the physician usually go hand in hand. Moreover, attribution often still occurs according to prevailing opinion. Attribution of a failure according to the law takes place in the case of an attributable failure on the part of a medical professional and if the failure of the medical professional is the result of using an unsuitable aid. The latter rule allows for an exception if the prevailing opinion in a specific case entails that attribution should not take place. Analysis of the case law and literature has shown that the prevailing opinion indicates a far-reaching liability

of the medical professional for unsuitable aids. From the discussed (recent) case law and literature the general rule can be distilled that liability of the medical professional for failure when using an unsuitable aid is not the case only if the medical professional states and, if contested, proves that the cause of the damage is due to a security flaw that was already present when the product was released on the market, the patient is familiar with the identity of the manufacturer of the product and the patient is sufficiently informed about the circumstances, meaning that recovery of damages from the manufacturer by the patient should be deemed possible (objective criterion).

The other basis for recovery of damages is the non-contractual basis for an unlawful act. This basis can only be used in situations where a treatment agreement between the medical professional and the patient is missing or if the failure of the medical professional also constitutes an unlawful act, independently from the breach of a contractual obligation. Furthermore, the unlawful act forms the basis that third parties should rely on when they want to recover their own (not patient related) damages from the medical professional. The duty of care to be observed by the medical professional is decisive for a judgment on the lawfulness or unlawfulness of an act. In other words, the care that a good medical professional should provide is decisive, even in a non-contractual relationship. Furthermore, even in a non-contractual legal relationship, pursuant to the main rule of Section 150 of the Dutch Code of Civil Procedure, the patient is required to demonstrate the unlawfulness and the attribution of the act. It is self-evident that patients without an agreement are faced with the same evidence problems.

The vicarious liabilities form a third, also non-contractual, basis. Unlike the basis for the unlawful act, the presence of a contractual relationship does not exclude the application of the rules of vicarious liability. For the medical professional to be vicariously liable, it is – in short – required that the (non-) subordinate has made a mistake, the aid used was unsuitable, the building was in a defective condition and/or the substance used was dangerous. The burden of proof in this respect lies with the patient.

The fourth basis concerns the central liability of the hospital. The basis is notional, because a hospital's joint liability is created based solely on the fact that the medical treatment took place in the hospital. The hospital's central liability also requires that the physician acted in breach of his duty of care under the treatment agreement, which the patient must prove. Moreover, central liability applies only if the physician who is blamed for acting negligently had a contractual relationship with the patient.

The chapter is concluded with an indication of obstacles related to the bases for liability on the part of the physician and the hospital.

THE BASIS FOR MANUFACTURER'S LIABILITY

Due to errors in the production process of a medical aid, – causing a defective aid to be marketed and used in defective condition when treating the patient – or due to incorrect information about the use of a medical aid, damage might be caused to the patient as well. Therefore *chapter 5* describes and analyses the bases for liability on the part of the manufacturer of a medical product.

The analysis has shown that the patient has two bases at its disposal to hold the manufacturer liable for damages. This concerns the basis of the unlawful act, Section 6:162 of the Dutch Civil Code, and the basis of Section 6:185 of the Dutch Civil Code. Section 6:185, first subsection, of the Dutch Civil Code imposes strict liability on the manufacturer for injury caused due to a defect in a product that has been brought onto the market by the manufacturer. The legal basis for the strict liability of the manufacturer concerns the implementation of Directive 85/374/EEC, which must therefore be interpreted in accordance with the Directive.

Although concurrence of the bases is possible, it is obvious that the patient, if possible, relies upon the basis of Section 6:185 of the Dutch Civil Code. After all, the recovery of damages does not require the patient to demonstrate the unlawfulness of the conduct, as is required for the basis of an unlawful act. Nor is the evidence of guilt or a different ground for attribution of the act to the manufacturer required. That is why *chapter 5* focuses primarily on the requirements for applying the basis for strict liability on the manufacturer's part. It is successively described who is meant by manufacturer, what a product is, what constitutes a defect in a product and which damages qualify for recovery. In summary and to the extent relevant for this research, it can be concluded from the description that a manufacturer – which can be understood to include a hospital, under certain circumstances – of a medical product, such as blood, a drug or prosthesis, is subject to strict liability if the blood, the drug or the prosthesis does not meet the safety requirements that the patient may expect from the product and has caused the death or physical injury of a patient. The patient must assert, and if contested, prove that the product did not provide the safety that may be expected of it and that he has suffered injury as a result thereof.

The chapter is concluded with an indication of obstacles related to the basis/bases for manufacturer's liability.

THE CAUSAL LINK

Chapter 6 describes and analyses the causal link, which is the second requirement for the possibility of passing damages onto another person. It has become evident that the legal causal link can be distinguished into a *condicio sine qua non* context and the answer to the question as to whether the injury can be reasonably attributed to the offender, in case of medical care-related injury: the medical professional or the manufacturer.

The requirement of a *condicio sine qua non* context results from substantive law and reflects the minimum requirement for the right to compensation. The question is always whether the injury would not have been inflicted had the standards not been violated or the incident not taken place. Only if this question can be answered affirmatively, is the condition satisfied that violation of the standards or the incident was to blame. Cases where multiple incidents form the basis are therefore complicated: such as multiple incidents for which the medical professional or the manufacturer is liable or the incidence where the cause is within the patient's control. In these cases, the *condicio sine qua non* context is not easy to determine. However, the law offers a solution: according to Section 6:102 of the Dutch Civil Code, the various liable persons are jointly and severally liable for the injury and, in the event of a circumstance that is attributed to the patient, the liability for compensation will be reduced by that own patient's role in it.

Pursuant to the main rule of Section 150 of the Dutch Code of Civil Procedure, the patient is the one who must state and, if contested, prove the *condicio sine qua non* context. This is no easy task when one considers that in quite a few cases it is unclear whether violation of standards or a defect in the product was the cause and/or what the impact of such violation of standards or the defect has been on the patient's health status. That lack of clarity is created by the fact that the human body is an uncertain factor and it is not clear in advance which course the healing process of the individual patient will take. The patient is therefore often dependent on a medical expert opinion or other evidentiary points of reference. The rule of reversal, the rule of alternative causality and proportional liability are described and analysed in the context of possible points of reference. In short, the rule of reversal provides a point of reference by creating an evidentiary presumption in those cases where there has been a violation of a standard that was intended to prevent a specific danger regarding the occurrence of the injury and in the concrete case that injury has materialised. The rule of alternate causality provides a point of reference by reversing the burden of proof in those cases where the actions of two or more medical professionals and/or manufacturers are focused on and it is unclear who is the party that actually caused the injury: the medical professional or the manufacturer who is of the opinion that his conduct or product did not play a part, must prove this. The rule of proportional liability

offers a point of reference by approaching the causality via the path of probable causation. Not all of the damages qualify for compensation, but only the part that is likely to relate to a violation of standards by the medical professional or a defect in the manufacturer's product. Incidentally, the stated points of reference do not offer a solution to another problem that occurs in the context of division of the burden of proof: in those cases where violation of standards by the medical professional or the defectiveness of the product lies in the failure to provide the patient with sufficient information about the risks inherent in the medical treatment, the patient must state and, if contested, prove that if he had received the right information about the risks involved in the treatment, he would not have undergone the treatment or have chosen an alternative that did not involve such risks or similar risks. Compensation for integrity violation might offer a solution in this case, i.e. compensation for the fact that the patient's right to self-determination has been interfered with. This option has therefore been explored in more detail.

If the *condicio sine qua non* context has been determined, this is followed by an assessment of the attribution issue. It has been described under which circumstances the injury is and is not attributed to the medical professional.

The chapter is concluded with an indication of obstacles related to the causal link.

COMPENSATION AND LIMITATION PERIOD

Chapter 7 first explores which damages qualify for compensation. The description makes a distinction between the patient's damages and damages of third parties. Third parties are those directly involved (family, friends), surviving relatives, spouse and children and parties having recourse such as the employer and implementing agencies.

The analysis shows that the patient is entitled to compensation of financial loss and other disadvantages. Financial loss relates to, for example, costs incurred or the loss of the ability to work. Other financial loss pertains to the extrajudicial costs to determine liability and obtain payment out of court. These costs will be reimbursed to the extent reasonable. Costs of upbringing and the patient's loss of income in situations of wrongful birth or wrongful life also concern special financial loss inherent in medical liability.

A disadvantage that does not constitute a financial loss gives entitlement to compensation to be determined in fairness if the patient has suffered physical or mental injury due to violation of standards or a defect in a medical product or is otherwise affected in his personal integrity. An example of impairment of a person's integrity is the impairment of the patient's right to self-determination, in particular the impairment of the right to opt for

termination of a pregnancy due to incorrect or incomplete information. Incidentally, it is questionable whether an impairment of the right to self-determination through incorrect or incomplete information can be regarded as an impairment of the person who is entitled to compensation. From case law and literature can be inferred that a certain degree of seriousness of impairment is required; the patient would have made a different choice had he been properly informed and the patient suffered physical or mental injury.

The analysis furthermore shows that those directly involved, surviving relatives and parties having recourse have a statutory entitlement to compensation of damages resulting from the patient's health damage. In short, advanced costs and expenses that were saved due to help offered by third parties will be reimbursed. These third parties are not entitled to compensation for other disadvantages. Damages for nervous shock have not yet been granted in medical cases for various reasons. On the other hand, the partner in a wrongful birth or a wrongful life situation and the child in a wrongful life situation take a different position. They suffer damages because of a wrongful act committed directly against them, and that means they are entitled to compensation of their financial loss and other disadvantages that they suffer.

Secondly, chapter 7 explores the extent to which a defence of limitation of a right of action can be enforced against the patient (or surviving relatives). Should this defence succeed, then the patient can no longer enforce his entitlement to compensation. The description and analysis have shown that the patient has a five-year period in which he can institute legal action, which starts on the day that the patient is actually able to take legal action. This requirement is detailed in case law. In short, case law entails that as long as the patient has insufficient certainty as to whether he has suffered health damage and about the cause of his health damage, which means it is unclear whether a medical error on the part of a medical profession is to blame for this, the limitation period will not yet start. In contrast, if it is sufficiently certain that the actions of the medical professional are the reason for his injury, then the patient may be required to hold the medical professional liable, in which case, of course, it is necessary that the patient knows the identity of the medical professional. A twenty-year period may also be enforced against the patient, but due to an amendment of the law, personal injury has been removed from the effect of this absolute period. The options for interrupting the limitation period have also been explored. If a defective product is the cause of the patient's injury, then another limitation period applies. The periods are shorter (three and ten years) and the ten-year period cannot be interrupted.

The chapter is concluded with an indication of obstacles related to compensation and the limitation period.

RECOVERY OF MEDICAL CARE-RELATED DAMAGES IN PRACTICE

In addition to a description and analysis of civil liability law, the research topic also required a description and analysis of the way in which recovery of damages occurs in practice. This analysis of practice is outlined in *chapter 8* and has been divided into research on the extrajudicial process and the judicial proceedings on the merits in the first instance.

In the extrajudicial phase, the patient's representative, the professional liability insurer of the medical professional, the medical consultant(s) and the medical expert(s) mainly determine the process. In the event that a defective product can be determined as a (contributory) cause of the injury, the representative or the professional liability insurer of the manufacturer plays the role of fifth party. They look at the incident from different perspectives and they have different, sometimes conflicting, interests that affect the procedure that must be followed in order to effect the recovery of damages. In this phase, the patient, the medical professional and the manufacturer take a step back. In the judicial phase, the parties and their lawyers have an important role, just as the court and the medical expert who must inform the court. That is why it has been analysed how the patient's representative, the professional liability insurer of the medical professional, the medical consultant and the medical expert interpret their role and how they deliver quality. The same analysis was carried out in relation to the court and the court medical expert.

Furthermore, in view of the importance of the medical information about the patient in the assessment of the liability and the causal link, attention has also been paid to the way in which medical information should be handled in both the extrajudicial process and the judicial proceedings on the merits. In addition, consideration is given to the costs of expert assistance, since this is an aspect that also affects the recovery of damages.

Moreover, in the analysis of the extrajudicial process, attention has been paid to two proceedings that can take place during the extrajudicial process: the application proceedings for the appointment of a medical expert and the subproceedings. The application proceedings are used to resolve a dispute regarding the appointment of a medical expert and the questions that he will be asked. The subproceedings are used to obtain a judgment of the court in certain respects.

The chapter has been concluded with an indication of obstacles related to the process that must be followed to effect the recovery of damages.

A CLOSER LOOK AT THE OBSTACLES; AN INTERIM REVIEW

The obstacles identified in each chapter have been listed in *chapter 9*. The conclusion is that the obstacles identified can result in frustration of the recovery of medical care-related damages and that they make the path to recovery of damages a complicated, time-consuming and costly affair. It is therefore plausible that the obstacles can explain (part of) the discrepancy between the number of medical care-related injuries and the number of patients (or legal representatives or surviving relatives) who actually file a claim.

The chapter concludes with a list of the most important obstacles that require a solution.

ALTERNATIVES TO THE CURRENT MANNER OF RECOVERY OF MEDICAL CARE-RELATED DAMAGES

Chapter 10 examines the alternatives that exist in recovering medical care-related damages from another person. A description and analysis of two different no fault systems has been opted for, one in which compensation is paid from a patients' insurance policy and one in which a benefit is paid from a fund. A decision was furthermore made to research two liability systems: one in which the recovery varies and one in which the material scheme is characterised by a statutory basis of evidentiary presumption. Because these alternatives are used in Sweden, Belgium, Austria and Germany respectively, the description has been made against the background of the manner in which these countries have organised their alternative systems. The legal frameworks of the Swedish Patient Injury Insurance Act [*Patientsskadelaag*], the Belgian Medical Accidents Act [*Wet Medische Ongevallen*], the Austrian Civil Code [*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*] and the German Civil Code [*Bürgerliches Gesetzbuch*] have been explored. The manner in which the practice has been organised has also been explored. The differences that can be detected if the systems are compared to Book 7, title 7, section 5 of the Dutch Civil Code and the Dutch practice were also researched.

In the same chapter, domestic alternatives have been described and analysed. The focus here is on the legislative proposal for the Dutch Patients' Rights (Care Sector) Act. Other alternatives include statutory regulations concerning the recovery of damages in work-related injury and traffic-related injury. The legal framework and the recovery of damages have been researched with respect to the labour practice and traffic practice respectively. Both the legislative proposal and the two other material schemes have been researched for differences compared to Book 7, title 7, section 5 of the Dutch Civil Code.

ASSESSMENT OF THE ALTERNATIVES AND RECOMMENDATIONS

Chapter 11 is the final element of the research. This chapter answers the question of whether the researched alternatives offer a solution to the obstacles involved in the recovery of damages, by taking the advantages and disadvantages of the alternatives into consideration. It has become evident that the alternatives contain positive elements, but that there are objections as well, making it impossible to conclude that one alternative can provide an all-encompassing solution. However, the pluses are such that they could form a basis for a recommendation or provided inspiration.

The most important recommendations relate to a reallocation of the burden of proof with respect to the violation of standards and the set-up of a medical division at one court. These two recommendations focus on the most important obstacles. In addition, a few supporting recommendations have been made as well. The aim of all recommendations is to achieve an acceptable manner of recovery of medical care-related damages, which does justice to and is appropriate for the situation in which patients may find themselves inadvertently.

GERAADPLEEGDE LITERATUUR

C.P.M. Akerboom e.a., Thematische Wetsevaluatie wilsonbekwaamheid en vertegenwoordiging, Den Haag: Zonmw 2011

A.J. Akkermans, Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband (diss. Tilburg), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997

A.J. Akkermans, De ‘omkeringsregel’ bij het bewijs van causaal verband, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002

A.J. Akkermans, ‘Verbeterde vraagstelling voor medische expertises – een inventarisatie van knelpunten, verbeteringen en mogelijke verdere aanpak’, *TVP* 2005, nr. 3

A.J. Akkermans en K.A.P.C. van Wees, ‘Het letselschadeproces in therapeutisch perspectief’, *TVP* 2007, nr. 4

A.J. Akkermans e.a., Slachtoffers en aansprakelijkheid. Een onderzoek naar behoeften, verwachtingen en ervaringen van slachtoffers en hun naasten met betrekking tot het civiele aansprakelijkheidsrecht, Deel II: Affectieschade, Vrije Universiteit, WODC, Den Haag 2008

A.J. Akkermans, L.G.J. Hendrix en A.J. Van, ‘De vraagstelling voor expertise in medische aansprakelijkheidszaken’, *TVP* 2009, nr. 3

A.J. Akkermans en G. de Groot, ‘De deelgeschilprocedure voor letsel- en overlijdensschade: nieuwe verantwoordelijkheden voor de rechter en voor partijen’, *TVP* 2010, nr. 2

A.J. Akkermans, ‘Enkele praktijkervaringen met empirisch juridisch onderzoek op het snijvlak van gezondheid en recht’, in: W.H. van Boom, I. Giesen en M. Smit, *Civilologie: opstellen over empirie en privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012

A.J. Akkermans en C.H. van Dijk, ‘Proportionele aansprakelijkheid, omkeringsregel, bewijslastverlichting en eigen schuld: een inventarisatie van de stand van zaken’, *AV&S* 2012, nr. 5

S. Amaral-Garcia, Quantifying the Economics of Medical Malpractice – A view from an civil law perspective (diss. Rotterdam), 2011

W.D.H. Asser, Monografieën Nieuw BW, A24, Deventer: Kluwer 1992

W.D.H. Asser, Rechtspraakoverzicht Bewijslastverdeling, Deventer: Kluwer 1998

W.D.H. Asser, Bewijslastverdeling, Deventer: Kluwer 2004

Asser/Hartkamp 3-I* 2011

Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-1* 2012

Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* 2013

Asser-Hijma 5-I* 2007

Asser/Rensen 2-III* 2012

Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* 2009

M. Babović, 'Zorgcoördinatie zorgelijk', KNMG 4 juli 2011

G. Bachinger, The system of the patient Advocacies in Austria, *NÖ Patienten-und pflege-anwalt*, november 2005

T.J.E.M. Bakker e.a., Handreiking voor de beoordeling van wilsonbekwaamheid (voor de hulpverlener), januari 2007

F.A.W. Bannier e.a., Beroepsgeheim en verschoningsrecht, Handboek voor de advocaat, medisch hulpverlener, notaris en geestelijke, Den Haag: Sdu Uitgevers 2008

J.M. Barendrecht, e.a., Berekening van Schadevergoeding, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995

J.M. Beer en B.P. Dekker, 'Deskundigen in het medische traject. Een van de vergeten problemen van het schaderegelingsproces', *VR* 2005, nr. 12

P. Bergkamp, 'Contractuele aansprakelijkheid voor gebrekkige medische hulpmiddelen', in: W.C.L. van der Grinten e.a., *Onderneming en nieuw burgerlijk recht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991

P. Besseling, R. Douven en C. van Ewijk (Centraal Planbureau), 'Versterk prikkels zorgverzekeraars voor doelmatiger zorg', *MeJudice* 2009

Thomas Bayes, *An Essay Towards Solving a Problem in the Doctrine of Chances*, 1763, postuum gepubliceerd door R. Price in de *Philosophical Transactions of the Royal Society of London*

A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1965

H. Bocken e.a., *Vergoeding van slachtoffers van medische ongevallen: praktijkgerichte analyse van de wet van 31 maart 2010*, Antwerpen-Cambridge: Intersentia 2011

A. Böcker e.a., *Specialisatie loont?! Ervaringen van grote ondernemingen met specialistische rechtspraakvoorzieningen*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2010

K. de Boer, 'Beroepsaansprakelijkheid; het exoneratieverbod voor artsen', *TvGr* 1997, nr. 1

A. van Bon en H. Molendijk, *Als het misgaat*, Zwolle: Centrum patiëntveiligheid Isala, 2009

W.H. van Boom 'Mede-aansprakelijkheid, samenlopende oorzaken, hoofdelijkheid', *NTBR* 2000/5

W.H. van Boom, 'Meervoudige causaliteit en hoofdelijke aansprakelijkheid bij letselschade', in: *Causaliteit, Inleidingen gehouden op het 14^{de} symposium van de Vereniging van Letselschade Advocaten*, 2003

W.H. van Boom, 'Effectuerend handhaven in het privaatrecht', *NJB* afl. 16/2007

R.J.B. Boonekamp, *BW-krant Jaarboek* 1991

R.J.B. Boonekamp, *Schadevergoeding (losbl.)*, art. 98 BW

R.J.B. Boonekamp, *Schadevergoeding (losbl.)*, art. 101 BW

R.J.B. Boonekamp, Schadevergoeding (losbl.), art. 102 BW

B.J. Broekema-Engelen, Verbintenissenrecht (losbl.), art. 77 BW

A.M.L. Broekhuijsen en C.J.J.M. Stolker, Geneesmiddelen en aansprakelijkheid, Serie Gezondheidsrecht, nr. 18, Deventer: Kluwer 1986

A. M. L. Broekhuijsen-Molenaar, Civielrechtelijke aspecten van kunstmatige inseminatie en draagmoederschap (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1991

M.E. de Bruijn en M.D.B. Schutjens, 'Gunstbetoon en medische hulpmiddelen', *TvGr* 2012, nr. 4

M.C. de Bruijne e.a., Onbedoelde schade in Nederlandse ziekenhuizen, Amsterdam/Utrecht: EMGO en NIVEL 2007

A.W. de Bruin, 'De Nationale ombudsman en de zorg', *TvGr* 2012, nr. 7

M.A.J.M. Buijsen, 'Schade door gebrekkige medische protocollen', *NTBR* 2000/2

M.A.J.M. Buijsen, 'Richtsnoeren voor artsen: hun toepassing in de rechtspraak', *TvGr* 2000, nr. 1

M.A.J.M. Buijsen, 'De openbaarmaking van niet-beroepsbeperkende tuchtmaatregelen', *TvGr* 2011, nr. 6

M. Buijsen e.a., Medisch beroepsgeheim in dubio, De verhouding van het medisch beroepsgeheim tot zwaarwegende maatschappelijke belangen, Erasmus Universiteit Rotterdam, oktober 2012

Bundesärztekammer, Statistische Erhebung der Gutachterkommissionen und Schlichtungsstellen für das Statistikjahr 2009

Bundesärztekammer, Statistische Erhebung der Gutachterkommissionen und Schlichtungsstellen für das Statistikjahr 2010

Bundesärztekammer, Statistische Erhebung der Gutachterkommissionen und Schlichtungsstellen für das Statistikjahr 2011

Bundesministerium für Gesundheit, Das Österreichische Gesundheitssystem, Wenen 2010

Bundesministerium für Gesundheit, Das Österreichische LKF-system, juli 2010

Y. Bururma, 'Komt een agent bij de dokter', *NJB* afl. 8/2012

S. Callens, 'Recente juridische ontwikkelingen inzake onlinecontact arts-patiënt in Nederland en België', *TvGr* 2006, nr. 4

J. Candido, 'Civiel bewijsrecht toepasselijk op vordering benadeelde partij?', *NJB* afl. 14/2012

S. Carval en R. Sefton-Green, 'Medical Liability in France' in: B.A. Koch e.a., *Medical Liability in Europe*, Berlijn: De Gruyter 2011

R.M.P.P. Cascão, *Prevention and Compensation of Treatment Injury: A Roadmap for Reform* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005

CBO Kwaliteitsinstituut voor de gezondheidszorg, *Klachtenrichtlijn gezondheidszorg*, Alphen aan den Rijn: Uitgever Van Zuiden 2004

CBO Kwaliteitsinstituut voor de gezondheidszorg, *Dit nooit meer*, Utrecht 2009

Centraal Bureau voor de Statistiek, *Statistisch kwartaalblad over de demografie van Nederland*, Jaargang 52 – 1e kwartaal 2004, Heerlen/Voorburg 2004

Centrum voor ethiek en gezondheid, *Toekomstverkenning Ethiek en Gezondheid*, Den Haag 2012

L.E.M. Charlier, 'Het bewijs in beroepsziektezaken (I)', *L&S* 2006, nr. 3

L.E.M. Charlier, 'Het bewijs in beroepsziektezaken (II)', *L&S* 2008, nr. 3

L.E.M. Charlier, 'De bewijslast in beroepsziektezaken onder de loep', *L&S* 2010, nr. 3

Code Publieksreclame voor geneesmiddelen 1993

Code Publieksreclame medische (zelfzorg)hulpmiddelen 2011

College bouw ziekenhuisvoorzieningen, Signaleringsrapport 'Sturing en financiering van de bouwkundige zorginfrastructuur in andere landen van de Europese Unie', 8 oktober 2001

S. Colsen, 'De Wet cliëntenrechten zorg en de aansprakelijkheid van de zorgaanbieder', *PIV-Bulletin* april 2012

Commissie Gelijke Behandeling, 'Onderscheid naar geslacht bij vaststelling van schade', september 2012

Consument en Veiligheid, Letsel door ongevallen en geweld: Kerncijfers, 2006

Consument en Veiligheid, LIS factsheet 2010

Consumentengids, 'Medische missers', juli/augustus 2011

G.J.M. Corstens, Het Nederlands strafprocesrecht, Deventer: Kluwer zesde druk, 2011

A. Coulter e.a., 'Do patiënts want a choice and does it work?', *BMJ* 2010; 341:c4989

C.C. van Dam, Aansprakelijkheidsrecht, een grensoverschrijdend handboek, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000

C.C. van Dam, 'Emotioneel belang en affectieschade', *VR* 2000, nr. 3

C.C. van Dam, 'De ouders van Joost', *VR* 2001, nr. 1

E. Dans en P.R. van der Vorst, 'Teleradiologie. Enkele juridische implicaties van een nieuw fenomeen', *TvGr* 2008, nr. 3

C. Das, Overlijdensverklaringen en artsen: wet en praktijk (diss. Amsterdam Vu), Wageningen: Ponsen & Loijen 2004

B.P. Dekker en M.H. Hartman, 'Dan gaat de rechter op de stoel van de dokter zitten, over de vraagstelling en de rol van de deskundige in medische aansprakelijkheidszaken', *L&S* 2006, nr. 4

A.C. de Die en C. Velink, 'Kroniek rechtspraak bestuursrecht', *TvGr* 2012, nr. 8

G. van Dijck, K. van Doorn en I. Tzankova, 'Reguleren van de afwikkeling van massaschade', *NJB* afl. 21/2011

C.H. van Dijk, 'Verjaring en stuiting: de praktijk blijft weerbarstig', *AV&S* 2011, nr. 1

C.H. van Dijk en A.E. Krispijn, 'GOMA: op weg naar een betere afwikkeling van medische aansprakelijkheidszaken?', *TvGr* 2011, nr. 2

J.J.M. van Dijk en F. van Mierlo, Leemten in de slachtofferhulpverlening: Resultaten van een verkennend, kwalitatief onderzoek onder verschillende categorieën gedupeerden van ingrijpende gebeurtenissen, Tilburg 2009

L. Dommering-van Rongen, Productenaansprakelijkheid (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1991

L. Dommering-van Rongen, Productaansprakelijkheid, Een rechtsvergelijkend overzicht, Deventer: Kluwer 2000

L. Dommering-van Rongen, 'Productaansprakelijkheid ziekenhuis voor gebrekkige infusievloeistof', *NTBR* 2001/9

N. Doorn, Wilsbekwaamheid, Amsterdam: Uitgeverij Boom 2009

N. Doornbos en P.P.M. van Reijssen, De Geschillencommissie Ziekenhuizen. Een eenvoudige procedure voor schadeclaims, Lelystad: Koninklijke Vermande 2000

R.M. Doppegieter, 'Gemiste kans', *MC* 14 mei 2009 (64) nr. 20

V.E.T. Dörenberg, 'Dwangbehandeling in de kinder- en jeugdpsychiatrie', *TvGr* 2007, nr. 1

V.E.T. Dörenberg, 'Bom onder de Wcz', *TvGr* 2011, nr. 7

R.M.J.T. van Dort, 'De fiscus en vergoeding van letselschade; verschil van inzicht blijft', *VR* 2008, nr. 4

C.E. Drion, 'Misverstanden omtrent het recht op erkenning van fouten', *NJB* afl. 24/2008

A.C. Drogendijk, 'Hepatitis B-epidemie bij vrouwen die behandeld werden met in vitro-vertilisatie', *NTvG* 1989; 133

C. Duclos e.a., 'Patient perspectives of patient-provider communication after adverse events', *International Journal for Quality in Health Care* 2005, vol. 17, no. 6

B.F. Dufwa, 'The Swedish Model of Personal Injury Compensation Law Reconsidered', in: U. Magnus en J. Spier, *European Tort Law, Liber Amicorum for Helmut Koziol*, Peter Lan, Frankfurt am Main 2000

W.J.L.M. Duijst-Heesters, *Boeven in het ziekenhuis*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2007

H. Duintjer Tebbens en M. Zilinsky, *Productaansprakelijkheid, praktijkreeks IPR deel 18*, Antwerpen Apeldoorn: Maklu, tweede herziene uitgave, 2009

J.C.J. Dute e.a., *De evaluatie van de WGBO*, Den Haag: Zonmw 2000

J.C.J. Dute, M.G. Faure en H. Koziol, *Onderzoek No-fault compensatiesysteem, Reeks evaluatie regelgeving deel 13*, Den Haag: Zonmw 2002

J.C.J. Dute en M.G. Faure, *Evaluatie Tijdelijk besluit verplichte verzekering bij medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen*, Den Haag: Zonmw 2002

J.C.J. Dute, 'De zorgconsumentenwet; grote stappen, snel thuis?', *TvGr* 2006, nr. 6

J.C.J. Dute en J.K.M. Gevers, 'Wilsonbekwaamheid en vertegenwoordiging', *TvGr* 2012, nr. 5

J. H. Duyvensz, *De redelijkheid van de exonatieclausule* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003

B. van Eijk, 'Vergoeding van de kosten van lijkbezorging', *TVP* 2001, nr. 4

A. Ekker, 'Van wie is het dossier? Rechten en plichten rondom patiëntgegevens', *Nictiz* 2010

N.A. Elbers, K.A.P.C. van Wees en A. Akkermans, 'Hij schreef dat hij contact op zou nemen zodra hij de tegenpartij had gesproken: letselschadeslachtoffers over hun belangen-behartiger', *TVP* 2012, nr. 3

E. Elenbaas, 'Geen schadevergoeding in het wettelijk geregeld tuchtrecht!', *NJB afl.* 38/2009

M.H. Elferink, 'Het "blokkeringsrecht" bij medische expertises in de letselschadepraktijk: een botsing tussen het recht op privacy en het recht op een eerlijk proces', *TVP* 2003, nr. 2

M.H. Elferink, 'Onduidelijkheden rondom uitoefening "blokkeringsrecht" bij medische expertises', *TVP* 2004, nr. 2

M.H. Elferink, 'Aanbeveling voor de procedure voor een medisch deskundigenbericht', *TVP* 2005, nr. 2

G.C. Endedijk, *Handboek Personenschade* (losbl.), 3050-51

E.F.D. Engelhard, *Regres, een onderzoek naar het regresrecht van particuliere en sociale schadedragers* (diss. Maastricht), Deventer: Kluwer 2003

E.F.D. Engelhard en G.E. van Maanen, *Aansprakelijkheid voor schade: contractueel en buitencontractueel*, Monografieën BW, A15, Deventer: Kluwer 2008

R.J.J. Eshuis, *Claims bij de rechtbank*, WODC, Den Haag 2003

R.J.J. Eshuis e.a., *Hulp bij juridische problemen. Een verkennend onderzoek naar de kwaliteit van de dienstverlening van advocaten en rechtsbijstandverzekeraars*, WODC, Cahier reeks, Den Haag 2012

R.J.J. Eshuis, 'Deskundigen en rechtvaardigheid in de civiele procedure', *Expertise en Recht* 2012, nr. 4

W.A. Eshuis e.a., *Leerzame Schadeclaims. Leren van "worst case scenarios" als opstap naar effectieve interventie en preventie rond beroepsziekten*, Hugo Sinzheimer Instituut 2009

W.A. Eshuis e.a., *Werkgeverslasten in verband met arbeidsgerelateerde schade: bestuurlijke boetes en civielrechtelijke aansprakelijkheid*, Amsterdam: Hugo Sinzheimer Instituut 2011

C. Espersson, *The Patient Injury Act*, augustus 2000

K. Essinger, *The Swedisch Medical Injury Insurance*, Report 20 februari 2009

J.J.E. van Everdingen e.a., *Smetten op de witte jas*, Overveen/Amsterdam: Uitgeverij Belvédère/Boom 1994

J.J.E. van Everdingen, *De beste behandeling: diagnose, therapie en nazorg bij 53 ernstige ziektes*, Den Haag: Consumentenbond 2005

Fauci e.a., *Principles of Internal Medicine*, 14th International Edition, 1998

M.G. Faure, *(G)een schijn van kans. Beschouwingen over het Statistisch Causaliteitsbewijs bij Milieugezondheidsschade (oratie Maastricht)*, Antwerpen: Maklu 1993

M.G. Faure, J.A. Loonstra, N.J. Philipsen en W.H. van Boom, 'Naar een kostenoptimalisatie van de letselschaderegeling: een verkenning', *AV&S* 2011, nr. 4

Federaal Kenniscentrum Gezondheidszorg, vergoeding van schade ten gevolge van gezondheidszorg – Fase V: budgettaire impact van de omzetting van het Franse systeem in België, KCE reports 107A, 2009

A.Ch.H. Franken, 'Actualiteiten Productaansprakelijkheid 2002-2008', *AV&S* 2009, nr. 26

N. Frenk, 'Toerekening naar kansbepaling', *NJB* afl. 13/1995

N. Frenk, 'De loslippige arts', *AV&S* 2006, nr. 5

N. Frenk en C. van Dam, 'Stagnerende smartengeldbedragen', *NJB* (portal) 2012/2299

R.D. Friele e.a., *De evaluatie van de Wet klachtrecht cliënten zorgsector*, Utrecht: NIVEL 1999

GEK-Report ambulant-ärztliche Versorgung 2008

J.K.M. Gevers, 'De toepassing van de WGBO in a-typische situaties', *TvGr* 1996, nr. 1

J.K.M. Gevers m.m.v. A. van Aalst, *De rechter en het medisch handelen*, Deventer: Kluwer 1998

J.K.M. Gevers, 'De Wcz: achtergrond, opzet en reikwijdte', *TvGr* 2010, nr. 8

J.K.M. Gevers, 'De Raad van Europa en de kwaliteit van zorg', in: J.G. Sijmons e.a., *Recht en zorg van kwaliteit*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2012

Gezondheidsraad, *Bewaartermijn patiëntengegevens*, 1 april 2004

GGZ Nederland, Patiëntveiligheidsprogramma GGZ 2008-2011, p. 8;

R.W.M. Giard en C.J.J.M. Stolker, 'De arts als deskundige bij medische beroepsfouten', *NTvG* 2003; 147

R.W.M. Giard, 'De epidemiologie van medische fouten: enkele methodologische kwesties', *NTvG* 2005;149

R.W.M. Giard, *Aansprakelijkheid van artsen* (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005

R.W.M. Giard, 'Medische expertise bij diagnostische missers', *Expertise en Recht* 2008, nr. 2

R.W.M. Giard, 'De juridische afhandeling van medische aansprakelijkheid: kwesties inzake volgorde en vraagstelling', *Expertise en Recht* 2010, nr. 2

R.W.M. Giard, 'Na de calamiteit: perceptie en primaire psychologische reacties en hun betekenis voor het aansprakelijkheidsrecht', *L&S* 2010, nr. 2

R.W.M. Giard, 'Dit had niet hoeven gebeuren. De causale verklaring van ongewenste gebeurtenissen en de betekenis van de contrafeitelijke denkfout van het CSQN-verband', *NTBR* 2011/67

R.W.M. Giard, *Dokters aan het aansprakelijkheidsrecht* (oratie Rotterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012

R.W.M. Giard, 'Juridisch oordelen over medische missers, hoe medische aansprakelijkheid de kwetsbare plekken van civiele rechtspraak blootlegt', *AA* (2013) 1

R.W.M. Giard, 'De opdracht aan de deskundige: de kracht van het stellen van open vragen', *Expertise en recht* 2013, nr. 2

R.W.M. Giard, 'Hoe de juridische werkelijkheid het methodologisch ideaal kan naderen', *Trema* maart 2013

I. Giesen, *Bewijs en aansprakelijkheid. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de bewijslast, de bewijsvoeringslast, het bewijsrisico en de bewijsrisico-omkering in het aansprakelijkheidsrecht* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001

I. Giesen en T.F.E. Tjong Tjin Tai, Proportionele tendensen in het verbintenissenrecht, Preadvies uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht 2008

I. Giesen, 'De aantrekkingskracht van de Lorely. Over de opkomst en ondergang (?) van de "omkeringsregel"', in: T. Hartlief en S.D. Lindenbergh (red.), *Tien Pennenstreken over personenschade*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2009

I. Giesen en E. Engelhard, 'Medical Liability in the Netherlands', in: B.A. Koch e.a., *Medical Liability in Europe*, Berlijn: De Gruyter 2011

F. Glissenaar, 'Medische schadeafhandeling, verzekerd van ellende', *Vrij Nederland* 1 september 2012

M.A. Goslings, 'Medische aansprakelijkheid: een stand van zaken', *TvGr* 1995, nr. 4

J.W. van de Gronden en J.J.M. Sluijs, 'De betekenis van het EG-Verdrag voor het reguleren van de zorgmarkt', in: *Gezondheidszorg en Europees Recht*, Preadvies 2009

G. de Groot, 'Naar een buitengerechtelijk beroep op de rechter in deelgeschillen?', *TVP* 2005, nr. 4

G. de Goot, 'Informatievergaring en deskundigenonderzoek', *TCR* 2007, nr. 2

G. de Groot, *Het deskundigenbericht in de civiele procedure* (diss. VU Amsterdam), Deventer: Kluwer 2008

G. de Groot e.a., Themnummer *VR* 2010, nr. 6

G. de Groot, 'De deelgeschilprocedure in de rechtspraak: goede start, spannende vlucht, behouden landing', *TCR* 2011, nr. 2

M.F.M. de Groot, 'De geneeskundige behandelingsovereenkomst in het strafrecht', *AA* 49 (2000) 7/8

J.D.F. Habbema, 'Beslissingsondersteunende technieken voor de kliniek', *NTvG* 1988; 132

Hälso- och sjukvårdens verksamhet, Socialstyrelsen 2007

Hälso- och sjukvårdens 2011 – Sjukdomar i sluten vård, 1987–2010

T. Hartlief, *Ieder draagt zijn eigen schade: enige opmerkingen over de fundamenteën van en ontwikkelingen in het aansprakelijkheidsrecht* (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 1997

T. Hartlief en C.H. van Dijk, *Proportionele Aansprakelijkheid*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2000

T. Hartlief, 'Baby Joost en het verdriet van Nederland', *AA* 49 (2000) 12

T. Hartlief, 'Aansprakelijkheid voor schending van een medisch protocol', *NTBR* 2001/7

T. Hartlief, 'Wat kan art. 7:658 BW betekenen voor werknemers met RSI?', *NTBR* 2002/1

T. Hartlief, 'Autonomie en solidariteit. Beweging in het verbintenissenrecht', *WPNR* 6564 (2004)

T. Hartlief, 'Saelman/Academisch ziekenhuis VU: wanneer begint de korte verjaringstermijn van artikel 3:310 BW te lopen?', *AA* 53 (2004) 4

T. Hartlief, 'Prognoses in het Personenschaderecht', *AV&S* 2005, nr. 5

T. Hartlief, 'Hollandse toestanden: de Hoge Raad over "wrongful life"', *NTBR* 2005/6

T. Hartlief, 'Wie heeft er recht op vergoeding van personenschade? Enkele opmerkingen over afbakening van de kring van gerechtigden in het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht', *TVP* 2006, nr. 4

T. Hartlief, *De staat van het privaatrechtelijke gezondheidsrecht*, Preadvies Vereniging voor Gezondheidsrecht, Den Haag: Sdu Uitgevers 2007

T. Hartlief e.a., *Medische aansprakelijkheid*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2009

T. Hartlief, 'Waar ligt de toekomst van artikel 6:170: in Wenen of in Brussel?', *AA* 54 (2011) 1

T. Hartlief, 'Een wisselwerking tussen aansprakelijkheid en verzekering?', *AV&S* 2011, nr. 4

T. Hartlief, 'Wat is de norm in het medisch aansprakelijkheidsrecht?', *AA* 60 (2011) 7/8

T. Hartlief, 'Smartengeld in Nederland anno 2012: tijd voor een steen in stilstaand water?', Smartengeldgids 2012, Den Haag: ANWB 2012

T. Hartlief, 'Recht doen met abstracte schadebegroting', *NJB* (portal) 2012/2463

T. Hartlief, 'Vergoeding na medische ongevallen. Van systemen naar mensen', *NJB* (portal) 2013/605

T. Hartlief, 'Vergoeding van arbeidsgelerateerde schade anno 2013', *AV&S* 2013/5

M.H. Hartman en B.P. Dekker, 'De rolverdeling tussen rechter en medische deskundige, Reactie op Kroniek medische aansprakelijkheid', *AV&S* 2008, nr. 2

M.F. Hartman en R.P. Wijne, *Handboek Personenschade* (losbl.), 2040

W.H.B. den Hartog Jager, *Procederen met of zonder procesvertegenwoordiger*, Serie Burgerlijk Proces & Praktijk, Deventer: Kluwer 2005

A.C. Hendriks, *In beginsel* (oratie Leiden), 2005, opgenomen in de oratiebundel *Gezondheidsrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2012

A.C. Hendriks, 'Medische aansprakelijkheid bij (niet) naleven kwaliteitsnormen', *Elsa Leiden Magazine* 06/3

A.C. Hendriks, 'Militaire gezondheidszorg: geïntegreerde zorg en gedesintegreerde rechten van de patiënt?', *TvGr* 2007, nr. 2

A.C. Hendriks, 'De betekenis van het EVRM voor het gezondheidsrecht', in: *Gezondheidszorg en Europees recht*, Preadvies 2009

A.C. Hendriks en B. Krijnen, 'Het recht op zorg op verschillende manieren geregeld – maar jegens wie heeft de zorgconsument nu eigenlijk rechten?', *NJB* (portal) 2009/964

A.C. Hendriks, 'Kroniek rechtspraak rechten van de mens', *TvGr* 2010, nr. 7

A.C. Hendriks, 'Van patiënten-naar cliëntenrechten: oude wijn in nieuwe zakken?', *TvGr* 2010, nr. 8

A.C. Hendriks e.a., 'Kroniek van het gezondheidsrecht', *NJB* afl. 15/2011

A.C. Hendriks, 'Europeesrechtelijke ontwikkelingen rond medische aansprakelijkheid', Jaarrede Vereniging voor Gezondheidsrecht 2013

L.G.J. Hendrix en A.J. Akkermans, 'Causaliteitonzekerheid bij informed consent. Beschouwingen naar aanleiding van *Chester v. Afshar*', *TvGr* 2007, nr. 7

H.E.G.M. Hermans en M.A.J.M. Buijsen, *Recht en gezondheidszorg*, Amsterdam: Elsevier, tweede geheel herziene druk, 2010

J. Hijma, *Algemene voorwaarden*, Monografieën BW, deel B55, Deventer: Kluwer 2010

E.H. Hondius, 'Produktaansprakelijkheid in het ziekenhuis', *TvGr* 1990, nr. 7

E. Hondius, 'Behandelingsovereenkomst past prima in het Burgerlijk Wetboek', *MC* 11 december 2009, nr. 50

M.M. ten Hoopen, 'Eigen taken, eigen fouten', *MC* 30 september 2005 (60), nr. 39

M.M. ten Hoopen, 'Medisch-specialistische samenwerking en aansprakelijkheid', *NJB afl.* 26/2007

R. ten Hoopen, 'Wet Cliënt en Kwaliteit van zorg: een heilzame operatie?', *NJB afl.* 32/2008

I.S.J. Houben, *Contractdwang* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2005

R. Hoving, 'Wat te doen met elkaar tegensprekende deskundigen?', *NJB afl.* 13/2012

J.H. Hubben, *Het ziekenhuis als strafbare rechtspersoon* (oratie Nijmegen), Lochem: Uitgeversmaatschappij De Tijdstroom, 1989, tevens opgenomen in de oratiebundel *Gezondheidsrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2012

E.H. Hulst, 'Een medisch protocol is geen veiligheidsnorm', *NTBR* 2002/9

E.H. Hulst, 'Zorg in last: civiele aansprakelijkheid voor medische fouten als lijdensweg en het heil dat andere rechtsgangen kunnen bieden', *TGMA* 2012, nr. 4

R.M.E. Huver e.a., *Slachtoffers en aansprakelijkheid*, Deel I Terreinverkenning, Amsterdam, Vrije Universiteit, WODC, Den Haag 2007

R. Iedema e.a., 'Patients' and family members' views on how clinicians enact and how they should enact incident disclosure: "the 100 patient stories" qualitative study', *BMJ* 2011;343:d4423

R. Iedema, 'What prevents incident disclosure and what can be done to promote it?', *The Joint Commission Journal on Quality and Patient Safety* 2011, vol. 3, no. 9

IGZ, Handelen in geneesmiddelen via internet, Den Haag 2004

IGZ, De Staat van de Gezondheidszorg 2006

IGZ, Rapport van het onderzoek naar het peroperatief proces in de IJsselmeerziekenhuizen te Lelystad en Emmeloord op 5 en 12 september 2008

IGZ-handhavingskader, Richtlijn voor transparante handhaving, Den Haag 12 december 2008

IGZ, 'Het resultaat telt, particuliere klinieken', 2009

IGZ, Implementatie van het veiligheidsmanagementsysteem vordert, maar prospectief risicomanagement blijft ver achter', Utrecht 2011

IGZ, Jaarbericht 2010

IGZ, De Staat van de Gezondheidszorg 2011

IGZ, 'Het resultaat telt, particuliere klinieken', 2011

S.J. van IJsendoorn en I.J. de Laat, 'De bijzondere positie van de medisch specialist', *Arbeidsrecht* 2009/11

P. Ingelse, 'Hoge Raad in DES-arrest: ruim baan voor artikel 6:99 BW', *NJB* afl. 42/1992

K.J.O. Jansen, Informatieplichten – Over kennis en verantwoordelijkheid in contractenrecht en buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht (diss. Leiden) Deventer: Kluwer 2012

H. Johansson, 'Patientskadenämnden säkrar Patientskadelagens tillämpning', *Läkartidningen* nr. 49, 2006

H. Johansson, 'The Swedish system for compensation of patient injuries', *Upsala Journal of Medical Sciences* 2010, 115 (2)

E.J.C. de Jong, 'Mogen nabestaanden het dossier van een overledene inzien? Zes rechterlijke uitspraken', *MC augustus* 1998 (53), nr. 32/33

E.J.C. de Jong, 'De ondraaglijke duisternis van het blokkeringsrecht', *TvGr* 2011, nr. 5

D. Kaandorp, 'De Omkeringsregel(s)', *AA* 50 (2001) 11

Ph.S. Kahn, *De juridische relatie ziekenhuis – medisch specialist en kwaliteit van zorg*, Lelystad: Koninklijke Vermande 2001

L.C. Kaldjian, 'An empirically derived taxonomy of factors affecting physicians' willingness to disclose medical errors', *Journal of General Internal Medicine* 2006, vol. 21, no. 9

W.R. Kastelein en E.W.M. Meulemans, 'Kroniek rechtspraak tuchtrecht', *TvGr* 2009, nr. 2

W.R. Kastelein en E.W.M. Meulemans, 'Kroniek rechtspraak tuchtrecht', *TvGr* 2010, nr. 6

W.R. Kastelein, 'Klachten- en geschillenbehandeling in de Wcz: van de drup in de regen oftewel het kind en het badwater' *TvGr* 2010, nr. 8

W.R. Kastelein en E.W.M. Meulemans, 'Kroniek rechtspraak tuchtrecht', *TvGr* 2012, nr. 2

W.R. Kastelein, 'Verantwoordelijkheid van de hoofdbehandelaar', *TvGr* 2012, nr. 5

A.L.M. Keirse, *Schadebeperkingsplicht: over eigen schuld aan de omvang van de schade* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2003

A.L.M. Keirse, 'EVRMering van (letselschade)recht', *L&S* 2011, nr. 1

E. de Kezel, 'Vergoeding van medische schade in België: het nieuwe tweesporensysteem', *TVP* 2009, nr. 4

A.G.H. Klaassen, 'Goed bestuur in de Wet cliëntenrechten zorg', *TvGr* 2011, nr. 5

C.J.M. Klaassen, 'De rechter als contractant? De rechtsverhouding tussen de deskundige, de rechter en de procespartijen bezien vanuit het materiële recht', *TCR* 2002, nr. 4

C.J.M. Klaassen, Monografieën BW, Schadevergoeding algemeen, deel 2, Deventer: Kluwer 2007

C.J.M. Klaassen, 'Een nieuwe procedurevorm: de deelgeschilprocedure voor letsel- en overlijdensschade', *JBPr* 2010, nr. 2

C.J.M. Klaassen, 'De Wet deelgeschilprocedure voor letsel- en overlijdensschade: een nieuwe loot aan de processuele stam', *TCR* 2010, nr. 2

C.J.M. Klaassen, 'Kroniek causaliteit in het aansprakelijkheidsrecht', *AV&S* 2012, nr. 5

A.R. van Klinken, 'De deelgeschilprocedure voor letsel- en overlijdensschade: de rechtspraktijk getoetst', *L&S* 2011, nr. 4

C.J. van de Klippe, 'Wilsonbekwaamheid in de psychiatrie, zes benaderingen', *Maandblad Geestelijke Volksgezondheid* 1990

R. Knegt e.a., Verhaal van werkgerelateerde schade, Amsterdam: Hugo Sinzheimer Instituut 2012

KNMG, Modelregeling arts-patiënt, 1998

KNMG, Gedragsregels voor artsen, 2002

KNMG, Richtlijn De dokter en de dood, 2002

KNMG, Eindrapport Implementatie van de WGBO – van wet naar praktijk, Deel 1, Utrecht: KNMG 2004

KNMG, Implementatie van de WGBO – van wet naar praktijk, Deel 2, Informatie en toestemming, Utrecht: KNMG 2004

KNMG, Implementatie WGBO – van wet naar praktijk, Deel 3, Dossier en bewaartermijnen, Utrecht: KNMG 2004

KNMG, Implementatie WGBO – van wet naar praktijk, Deel 4, Toegang tot patiëntgegevens, Utrecht: KNMG 2004

KNMG, Arts en klacht of geschil, 2004

KNMG, Klachtenrichtlijn Gezondheidszorg, 2005

KNMG, Richtlijn Niet-aangaan of beëindiging van de geneeskundige behandelingsovereenkomst, 2005

KNMG, Richtlijn Overdracht dossiers na ontstentenis van de arts zonder opvolging, 2005

KNMG e.a., Beleidsdocument 'Veilig melden', Den Haag 2007

KNMG, Omgaan met incidenten, fouten en klachten: wat mag van artsen worden verwacht?, 2007

KNMG, Richtlijn online arts- patiënt, 2007

KNMG, Richtlijnen inzake het omgaan met medische gegevens (groene boekje), 2010

KNMG, 'Handreiking verantwoordelijkheidsverdeling in de zorg', januari 2010

KNMG, Reactie op voorstel Wet Cliëntenrechten zorg, Utrecht, 22 februari 2011

KNMG, 'Beroepsgeheim niet absoluut', *NJB* afl. 8/2012

B.A. Koch, 'Medical Liability in Austria' in: B.A. Koch e.a., *Medical Liability in Europe*, Berlijn: De Gruyter 2011

B.A. Koch, 'Medical malpractice in Austria', *Chicago-Kent Law Review* vol. 86, no. 3, 2011

N.R. Koffeman, (The right to) personal autonomy in the case law of the European Court of Human Rights, Voorstudie voor de Staatscommissie Grondwet, juni 2010

L.T. Kohn e.a., *To Err is Human: Building a safer health system*, USA, National Academy of Sciences, 2000

Koninklijke Academie voor Geneeskunde, Advies 2 juni 2012

H.J. van Kooten en H.M. Wattendorff, 'Het belang om niet geboren te worden', in: *Hartkampvariëties*, Deventer: Kluwer 2006

J.S. Kortmann, 'PETL: General Conditions of Liability, Causation ('In Fact'), *AV&S* 2007, nr. 4

S.C.J.J. Kortmann, 'Exoneratiebedingen', *TVPr* 1988, nr. 4

S.C.J.J. Kortmann in: *Aansprakelijkheid voor medische fouten*, Lelystad: Koninklijke Vermande 1991

S.C.J.J. Kortmann e.a., *Wrongful Birth en Wrongful life*, Deventer: Kluwer 2004

H.K. Köster, *Causaliteit en voorzienbaarheid: de betekenis van de begrippen causaliteit en voorzienbaarheid voor de omvang van de buitencontractuele schadevergoeding (oratie)*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1963

R.J.P. Kottenhagen, 'De zaak Baby Joost: een teleurstellende ontknoping', *L&S* 2000, nr. 3

R.J.P. Kottenhagen, 'En vader dan? De civielrechtelijke positie van de vader in situaties van zwangerschaps- en geboorteschade', *NTBR* 2008/2

R.J.P. Kottenhagen, 'Shockschade en het vereiste van de directe confrontatie – enkele rechtsvergelijkende kanttekeningen', *NTBR* 2010/9

R.J.P. Kottenhagen, 'Vergoeding van geboorteschade. Is het huidige op aansprakelijkheid gebaseerde systeem aan herziening toe?', Research paper Erasmus universiteit

K.G.F. van der Kraats, 'Klacht een gratis advies, maar we moeten er wel wat mee doen!', *Trema* maart 2013

F.Th. Kremer, 'Administratiekosten en art. 6:96 BW', *A&V* 1999

S. Kruikemeier e.a., *Ervaringen van mensen met klachten over de gezondheidszorg*, Utrecht: NIVEL 2009

L. de Kwant, 'Bang voor de klagende patiënt', *MC* 17 juni 2011 (66) nr. 24

L. de Kwant, 'Zeven jaar wachten, wachten, wachten, een interview met neuroloog G. Lassouw', *MC* 15 juli 2011 (66) nr. 28

J.M. van de Laar, 'Opleiding en registratie van medisch deskundigen, een breed gedragen initiatief', *TVP* 2003, nr. 4

Landesärztekammer Baden-Württemberg, 30 Jahre Gutachterkommissionen der Landesärztekammer Baden-Württemberg, Stuttgart 2006

K. Langbein, Verschlussache Medizin, Salzburg: Ecowin 2009

P. de Lange, 'Nieuwe Europese invulling van gevaarlijke stof in art. 6:175 BW', *AV&S* 2011, nr. 2

M. Langelaan e.a., Monitor Zorggerelateerde schade 2008, Amsterdam/Utrecht: EMGO en NIVEL 2010

H.J.J. Leenen, Handboek gezondheidsrecht, Deel II, Houten/Diegem: Bohn Stafleu 1996

H.J.J. Leenen, J.C.J. Dute en W.R. Kastelein, Handboek gezondheidsrecht Deel II, Houten: Bohn Stafleu van Loghum, vijfde geheel herziene druk, 2008

H.J.J. Leenen, J.K.M. Gevers en J. Legemaate, Handboek gezondheidsrecht, Deel I, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, vijfde geheel herziene druk, 2011

J. Legemaate, Criteria voor wilsonbekwaamheid, *NJB* afl. 6/1992

J. Legemaate e.a., Knelpunten rond het medisch dossier, Lelystad: Koninklijke Vermande 2000

J. Legemaate, 'Het zelfbeschikkingsrecht: oud debat nieuw licht', *TvGr* 2004, nr. 1

J. Legemaate, 'De verhouding tussen de WGBO en de Wet Bopz', *TvGr* 2004, nr. 7

J. Legemaate, 'Dubbel bestraft', *MC* 20 mei 2005 (60) nr. 20

J. Legemaate, Patiëntveiligheid en patiëntenrechten (oratie Amsterdam), Houten: Bohn Stafleu van Loghum 2006

J. Legemaate, I. Christiaans-Dingelhoff, R.M.S. Doppegieter en R.P. de Roode, Veilig incidenten melden-Context en randvoorwaarden, Houten: Bohn Stafleu van Loghum 2006

- J. Legemaate, 'Patiëntveiligheid en patiëntenrechten', *MC* 12 mei 2006 (61) nr. 19
- J. Legemaate, 'Recht op informatie over fouten van artsen', *TVP* 2007, nr. 1
- J. Legemaate, 'Recht op veilige zorg – Enkele beschouwingen over de verantwoordelijkheidsverdeling publiek-privaat', *NJB afl.* 26/2007
- J. Legemaate, 'Beroepsgeheim en verschoningsrecht in de gezondheidszorg', *NJB afl.* 40/2009
- J. Legemaate, Verantwoordelijkheid nemen voor kwaliteit, Advies naar aanleiding van de aanbevelingen van de Inspectie voor de Gezondheidszorg in haar rapport over de zaak van de Twentse neuroloog, Amsterdam, 12 mei 2009
- J. Legemaate, 'Inspecteur mag dossier inzien', *MC* 13 mei 2010 (6) nr. 19
- J. Legemaate, 'De Wcz en kwaliteit van zorg', *TvGr* 2010, nr. 8
- J. Legemaate, 'Recht gaat over redelijkheid', *MC* 16 september 2010 (65) nr. 37
- J. Legemaate, 'Wet cliëntenrechten moet van tafel', *MC* 16 september 2010 (65) nr. 37
- J. Legemaate, 'De informatierechten van de patiënt: te weinig en te veel', Jaarrede Vereniging gezondheidsrecht 2011, *TvGr* 2011, nr. 6
- J. Legemaate, 'Van wie zijn medische beelden eigenlijk?', *NTvG* 2011; 155
- J. Legemaate, 'De strafrechtelijke vervolging van medische zaken', *NTvG* 2011; 155
- J. Legemaate, Position Paper Hoorzitting wetsvoorstel Cliëntenrechten zorg, 25 november 2011
- J. Legemaate, 'Beperken van het medisch beroepsgeheim', *NJB afl.* 41/2011
- J. Legemaate, 'De ombudsman en de Inspectie', *NJB afl.* 5/2012
- J. Legemaate, 'Mag de Inspectie voor de Gezondheidszorg zo nodig zelf kwaliteitsnormen formuleren?', *TvGr* 2012, nr. 2

J. Legemaate, *Wikken en wegen* (oratie Amsterdam) 2011, opgenomen in de oratiebundel *Gezondheidsrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers, 2012

J. Legemaate, 'Nieuwe wetgeving over het klachtrecht: winst of verlies?', *TvGr* 2013, nr. 5

J. Legemaate, 'Goed nieuws voor de patiëntenrechten!', *NJB* afl. 10/2013

D.A. Legemate en J. Legemaate, 'Het preoperatief informed consent', *NTvG* 2010; 154

A. Leischner, *Medical Law in Austria*, Alphen aan den Rijn: Kluwer International 2011

De Letselschaderaad, *Gedragscod Openheid Medische incidenten; betere afwikkeling Medische Aansprakelijkheid (GOMA)*, derde druk, Den Haag, maart 2012

J.J.M. Liders en G. van Hekesen-van Bruggen, 'Juridische aspecten van DBC's', *TvGr* 2005, nr. 8

S.D. Lindenbergh, *Smartengeld* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1998

S.D. Lindenbergh, 'De positie en de handhaving van persoonlijkheidsrechten in het Nederlandse privaatrecht', *TVPr* 1999, nr. 4

S.D. Lindenbergh, 'Buitengerechtelijke kosten; grondslag en betekenis daarvan', in: Stichting Personenschade Instituut van Verzekeraars, *Buitengerechtelijke kosten, vijf visies op de redelijkheid*, Deventer: Kluwer 2000

S.D. Lindenbergh, 'Psychische schade door schrik', *Trema* 2002, afl. 7

S.D. Lindenbergh, 'Schade door geestelijk letsel als gevolg van een schokkende gebeurtenis', *AV&S* 2002, nr. 3

S.D. Lindenbergh, 'De vermogensrechtelijke lotgevallen van het recht op smartengeld', *TVP* 2003, nr. 1

S.D. Lindenbergh, 'Schadevergoeding, een kwestie van techniek en moraal' in: *Schade: vergoeden of beperken*, Lelystad: Koninklijke Vermande 2004

S.D. Lindenbergh, 'Smartengeld: ontwikkeling en stilstand', *Smartengeldgids* 2006, Den Haag: ANWB 2006

S.D. Lindenbergh, 'Verzorging en huishoudelijke hulp, onzichtbare schade op een lastig kruisvlak', *TVP* 2006, nr. 4

S.D. Lindenbergh, Alles is betrekkelijk – Over de relatie tussen normschending en sanctie in het aansprakelijkheidsrecht (oratie) 2006

S.D. Lindenbergh, *Smartengeld 10 jaar later*, Deventer: Kluwer 2008

S.D. Lindenbergh, *Schadevergoeding: algemeen deel 1, Monografieën BW, deel B34*, Deventer: Kluwer 2008

S.D. Lindenbergh en I. van der Zalm, 'Abstractie bij overlijdensschade', *MvV* 2008, nr. 10

S.D. Lindenbergh, *Arbeidsongevallen en beroepsziekten, Monografieën Privaatrecht 13*, Deventer: Kluwer 2009

S.D. Lindenbergh en I. van der Zalm, 'Vergoeding ter zake van verzorging en huishoudelijke hulp bij letsel en overlijden', *MvV* 2009, nr. 9

S.D. Lindenbergh, 'Over wat schade is...en waarom het bij de vaststelling daarvan in de praktijk zo dikwijls mis gaat', *WPNR* 2010/6867

S.D. Lindenbergh, 'Vermogensrechtelijke remedies bij schending van fundamentele rechten' in: G.E. van Maanen en S.D. Lindenbergh, *EVRM en privaatrecht: is alles van waarde weerloos?*, Preadviezen 2011 Nederlandse Vereniging voor Burgerlijk Recht, Deventer: Kluwer 2011

S.D. Lindenbergh, 'Over herstel, geld, redelijkheid en billijkheid', *AV&S* 2013, nr. 2

S.D. Lindenbergh, *Schadevergoeding (losbl.)*, art.100 BW

S.D. Lindenbergh, *Schadevergoeding (losbl.)*, art. 106 BW

G.E. Linthorst e.a., 'What contributes to internists' willingness to disclose medical errors?', *The Netherlands Journal of Medicine (special article)*, juni 2012, vol. 70, no. 5

A.B. van Lomwel en E. van Veen, *De WGBO, de betekenis voor de hulpverleners in de gezondheidszorg*, Lelystad: Koninklijke Vermande 1996

C.Y. Lu en E. Roughead, 'Determinants of patient-reported medication errors: a comparison among seven countries', *The International journal of Clinical Practice*, juli 2011

R.D. Lubach, *Aansprakelijkheid voor zelfstandige hulppersonen: over de achtergrond, reikwijdte en toepassing van art. 6:171 BW* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2005

G.E. van Maanen, 'Maakt Chipshol een einde aan Jeffrey? Genoegdoening als voldoende belang in de zin van art. 3:303 BW?', *NTBR* 2010/6

G.E. van Maanen en S.D. Lindenberg, *EVRM en privaatrecht: is alles van waarde weerloos?*, Preadviezen 2011 uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht, Deventer: Kluwer 2011

P.J. Marang-van de Mheen en J. Kievit, 'Geautomatiseerde registratie van complicaties door heelkundige afdelingen in Nederland: huidige stand van zaken', *NTvG* 2003;147

M. Martín-Casals en J. Solé, 'Medical Liability in Spain' in: B.A. Koch e.a., *Medical Liability in Europe*, Berlijn: De Gruyter 2011

J. van der Meer en J.W.M. van der Meer, *Anamnese en lichamelijk onderzoek*, Maarssen: Elsevier gezondheidszorg 2008

A.P. van der Mei, 'De nieuwe Richtlijn betreffende de toepassing van de rechten van patiënten bij grensoverschrijdende zorg', *NJB* (portal) 2011/2049

M. Melchior, 'Lastige zaken, lage prioriteit', *MC*, 5 januari 2007 (62) nr. 1

P. Memelink, *De verkeersopvatting* (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009

E.W.M. Meulemans, 'Protocol als veiligheidsnorm', *TvGr* 2001, nr. 3

C. Meurer, *Außergerichtliche Streitbelegung in Arzthaftungssachen*, Berlijn: Springer 2008

P.L. Meurs e.a. (Commissie Inkomens Medisch Specialisten), *Gezond belonen, beleidsopties voor de inkomens van medisch specialisten*, 2012

P.A.M. Mevis, *Gezondheidsrecht en strafrecht*, preadvies Vereniging voor Gezondheidsrecht 2007

S.V. Mewa, 'Gaan alle geheimen mee in het graf?', *VR* 2009, nr. 7/8

J. Meyst-Michels, 'Kroniek medische aansprakelijkheid', *AV&S* 2007, nr. 6

J. Meyst-Michels, 'Kroniek medische aansprakelijkheid', *AV&S* 2011, nr. 1

I.P. Michiels van Kessenich-Hoogendam, *Beroepsfouten*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995

P. Mielnicki en M. Schultz, 'Medical Liability in Sweden' in: B.A. Koch e.a., *Medical Liability in Europe*, Berlijn: De Gruyter 2011

W.B. van der Mijn, *Wie stelt de dokter de wet?* (oratie Rotterdam), Deventer: Kluwer 1983, tevens opgenomen in de oratiebundel *Gezondheidsrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2012

B.A.J.M. de Mol, *Medisch Letsel in het ziekenhuis No Faultverzekering, een verkennende studie* (diss. Rotterdam), 1988

B.A.J.M. de Mol, 'Profijt door veiligheid – Veiligheidsplan voor een ziekenhuis in nood', *NTvG* 2009; 153: A257

H. Molendijk, J. Legemaate en I. Leistikow, 'Veilig melden moet in de wet', *MC* 8 februari 2008 (63) nr. 6

P. van der Nat, 'Personenschade en equality of arms', *NJB* afl. 41/2010

Nationaal Kompas Volksgezondheid, Centraal Bureau voor de Statistiek en R.A. Verheij e.a., *Landelijk Informatienetwerk Huisartsenzorg. Feiten en cijfers over huisartsenzorg in Nederland*, Utrecht/Nijmegen: NIVEL/WOK 2006

Nationale ombudsman, *Rapport 95/271*, 18 juli 2005

Nationale Raad voor de Volksgezondheid, *Rapport verkennende studie patiëntenletselverzekering*, Zoetermeer 1989

Nationell datainsamling i primärvården, Socialstyrelsen 2012

Nederlands Centrum voor beroepsziekten en Coronel Instituut voor Arbeid en Gezondheid, *Beroepsziekten in cijfers*, 2010

Nederlands Centrum voor beroepsziekten en Coronel Instituut voor Arbeid en Gezondheid, Beroepsziekten in cijfers, 2011

Nederlands Centrum voor beroepsziekten en Coronel Instituut voor Arbeid en Gezondheid, Beroepsziekten in cijfers, 2012

Nederlandse Vereniging van Ziekenhuizen, Gezonde zorg Brancherapport algemene ziekenhuizen 2012, Utrecht 2012

J. Neu, 'Haftungsfragen, Diesmal: Norddeutsche Schlichtungsstelle', *Niedersächsisches Ärzteblatt* 2011, nr. 12

J.H. Nieuwenhuis, 'Alternatieve causaliteit en aansprakelijkheid naar marktaandeel', Pre-advies voor de Vereniging Burgerlijk Recht, 1987

NÖ Patienten-Entschädigungsfonds – Tätigkeitsbericht 2010

R. Notten, 'Aansprakelijk, het verhaal van een gang naar het Tuchtcollege', *Arts en auto*, 24 september 2009

NP/CF, De Zorgconsumentenwet: één wet voor patiënten en consumenten, 2006

NP/CF, De Zorgconsumentenwet. Wat er in moet staan, 2007

H. Nys, 'De rechten van de europatiënt, de individuele rechten van de patiënt in Richtlijn 2011/24/EU', *AA* 60 (2011) 7/8

NZa, Monitor zelfstandige behandelcentra, april 2012

E. O'Connor e.a., 'Disclosure of patient safety incidents: a comprehensive review', *International Journal for Quality in Health Care* 2010, vol. 22, no. 5

Onderzoeksraad voor Veiligheid, Een onvolledig bestuurlijk proces: hartchirurgie in UMC St. Radboud, 2008

Onderzoeksraad voor Veiligheid, Brand in een operatiekamer – Twenteborgziekenhuis, 2008

Onderzoeksraad voor veiligheid, Veiligheid in perspectief, Den Haag, januari 2013

ONIAM, Rapport d'activité 2011

W.P. Oosterhuis e.a., 'Ervaringen met verschillende methoden voor het verbeteren van het aanvragen van laboratoriumbepalingen in de huisartsenpraktijk', *Ned Tijdschr Klin Chem* 1995; 20

Operationele Directie Volksgezondheid en surveillance, Gezondheidsenquête België 2008, Brussel 2010

Orde van Medisch Specialisten, MJA-project complicatieregistraties. Plan van aanpak complicatieregistratie in het kader van de meerjarenafspraken (MJA) ten behoeve van de wetenschappelijke verenigingen van erkende specialismen, Utrecht 2002

P. Oskam, 'De deelgeschillenrechter twee jaar in actie (IV)', *PIV-Bulletin* oktober 2012

D. Ozmis en I.N. Tzankova, 'De evaluatie van de WCAM: de kernthema's uitgelicht', *TCR* 2012, nr. 2

S. Paauw, 'Eicelbank UMC Utrecht van start', *MC* 13 april 2012, nr. 15

S.B. Pape, 'De betekenis van het Jetblast-arrest voor de waarschuwing in het productaansprakelijkheidsrecht', *NTBR* 2006/56

Parl. Gesch. Boek 3

Parl. Gesch. Boek 6

Parl. Gesch. InvW 6

Parlementaire Geschiedenis van de nieuwe regels van het bewijsrecht in burgerlijke zaken, Deventer: Kluwer 1988

M. Peeters e.a., Patiëntveiligheid in de Gezondheidszorg en verslavingszorg – Een eerste verkenning naar zorggerelateerde onbedoelde schade, Nivel en Trimbos Instituut Utrecht 2009

F.M. Petry, 'Medical Liability in Germany' in: B.A. Koch e.a., *Medical Liability in Europe*, Berlijn: De Gruyter 2011

M.C. Ploem, 'Inzage in het medisch dossier na overlijden van de patiënt: uitgangspunten en actuele ontwikkelingen in de rechtspraak', *NTvG* 1999; 143

M.C. Ploem, 'Is er een dokter in de zaal?', *NJB* afl. 26/2007

M.C. Ploem, '(Thuis)zorg op afstand in juridisch perspectief', *TvGr* 2008, nr. 5

Prisma Organisatieontwikkeling RO, 'De zaken meer op orde, klantwaarderingsonderzoek onder tien rechtbanken', Amersfoort, april 2006

Prisma Organisatieontwikkeling RO, 'Iets duidelijker a.u.b., klantwaarderingsonderzoek 2003-2005', Amersfoort, augustus 2008

Raad voor de Rechtspraak, 'Kwaliteit van de Rechtspraak', brochure maart 2008

Raad voor de Rechtspraak, Visitatieprotocol 2009, Den Haag, juni 2009

Raad voor de Rechtspraak, Eindrapport visitatie gerechten 2010, Den Haag, juli 2010

Raad voor de Volksgezondheid en Zorg, 'De patiënt beter aan zet met een Zorgconsumentenwet?', Den Haag 2006

Raad voor de Volksgezondheid en Zorg, Governance en kwaliteit van zorg, 2009

D.S. Rambocus, Medisch-Juridische causaliteit (diss. Utrecht), Utrecht 1999

J.F. Rang, Patiëntenrecht (Oratie Leiden), Leiden: Bohn Stafleu van Loghum 1973, tevens opgenomen in oratiebundel Gezondheidsrecht, Den Haag: Sdu Uitgevers, 2012

X.R. Ras en G.W. van der Voet, 'Het wetsvoorstel cliëntenrechten zorg (Wcz): een versterking van medezeggenschapsrechten van de cliënt(enraad)?', *TvGr* 2012, nr. 5

J. Reason, 'Human error: models and management', *BMJ* 2000

M.J.J. de Ridder, 'Kansverlies als schadefactor bij medische aansprakelijkheid', *AA* 44 (1995) 7/8

M.J.J. de Ridder, 'Kroniek rechtspraak civiel recht', *TvGr* 2010, nr. 3

M.J.J. de Ridder, 'Kroniek rechtspraak civiel recht', *TvGr* 2011, nr. 8

R. Rijnhout, 'Wetsvoorstel affectieschade verworpen door Eerste Kamer', *TVP* 2010, nr. 2

R. Rijnhout, 'Kroniek AV&S Schadevergoedingsrecht', *AV&S* 2012, nr. 4

R. Rijnhout, *Schadevergoeding voor derden in personenschadezaken* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012

C.A.M. Roijackers, 'De Wet Bescherming Persoonsgegevens: onbekend maakt onbemind?', *Le&S* 2007, nr. 3

R.P. de Roode, 'Zorg om jonge kinderen. Een gezondheidsrechtelijke benadering', *TvGr* 2013, nr. 2

H.D.C. Roscam Abbing, 'Richtlijnen voor medisch handelen in gezondheidsrechtelijk perspectief', *Ned Tijdschr Geneesk.* 1998;142

H.D.C. Roscam Abbing, *Beslissen door de patiënt* (oratie Utrecht) 1994, tevens opgenomen in de oratiebundel *Gezondheidsrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2012

A. Rube, 'Tuchtrecht in de gezondheidszorg: tijd voor verandering', *TvGr* 2013, nr. 3

RVZ, *De patiënt beter aan zet met een Zorgconsumentenwet*, 2006

Sachverständigenrat zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen, *Kooperation und Verantwortung Voraussetzungen einer zielorientierten Gesundheitsversorgung*, Gutachten 2007 (Kurzfassung)

W. Sauter, 'Patiëntenrechten bij grensoverschrijdende zorg', *NtEr* 2009, nr. 1

A. P. Scarso en M. Foglia, 'Medical Liability in Italy' in: B.A. Koch e.a., *Medical Liability in Europe*, Berlijn: De Gruyter 2011

J. van Schellen, *Juridische causaliteit. Een onderzoek naar het oorzakelijkheidsvereiste in het civiele aansprakelijkheidsrecht* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1972

M. Scheltema en M.W. Scheltema, *Gemeenschappelijk recht, wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2008

T.J.M. van Schendel, 'Vergoeding van inkomensschade bij een ongeval', *Weekblad Fiscaal recht* 2007/6716

M.P.G. Schipper en I. van der Zalm, 'Verwerping van het wetsvoorstel affectieschade', *AV&S* 2010, nr. 3

R.M. Schoonenberg, 'De aansprakelijkheid voor gebrekkige medische hulpmiddelen; stand van zaken', *TvGr* 1987 (maart/april)

J.A.M. Schouten, *Anamnese en advies*, Houten: Bohn Stafleu van Loghum 2004

T.W.J. Schulpen c.s., 'Complicatie of fout', *MC* 4 november 2005 (60) nr. 44

C.H. Sieburgh, *Toerekening van een onrechtmatige daad* (diss. Groningen) 2000

C.H. Sieburgh, 'Schadevergoeding én leven. Compositie met rood, geel en blauw', *WPNR* 2005/6637

J.G. Sijmons, 'Goed bestuur en de organisatie van de zorginstelling', *TvGr* 2010, nr. 8

E.M. Sluijs, R.D. Friele en J.E. Hanssen, *De WKCZ-klachtbehandeling in ziekenhuizen: verwachtingen en ervaringen van cliënten*, Den Haag: Zonmw 2004

B. Sluijters, *Medische aansprakelijkheid in Amerika en Nederland*, Deventer: Kluwer 1974

B. Sluijters, *Aansprakelijkheid van de arts en het ziekenhuis*, Preadvies voor de Nederlandse Vereniging voor rechtsvergelijking, Deventer: Kluwer 1984

B. Sluijters, *Geknipt verband* (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 1985, tevens opgenomen in de oratiebundel *Gezondheidsrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2012

B. Sluijters, 'De Geneeskundige behandelingsovereenkomst', *WPNR* 1990/5982

B. Sluijters, 'De overbrugging van de kloof tussen rechter en deskundige', ter gelegenheid van het 12^e LSA Symposium, 2001

B. Sluijters, 'Wetgeving medische hulpmiddelen: een stand van zaken', *TvGr* 2001, nr. 2

B. Sluijters en M.C.H.I. Biesart, *De geneeskundige behandelingsovereenkomst*, Deventer: Kluwer, tweede druk, 2005

M.G. Sluiter en M.M. ten Hoopen, 'Ouders, kind en de geneeskundige behandelingsovereenkomst: wie is contractspartij?', *FJR* 1996, nr. 6

J.L. Smeehuijzen, 'Strafrechtelijke vervolging van medisch beroepsbeoefenaren wegens dood of zwaar lichamelijk leed door schuld: uiterste terughoudendheid gepast', *TvGr* 2000, nr. 6

J.L. Smeehuijzen, 'Wie is de deskundige eigenlijk? Pleidooi voor een disclosure statement', *TVP* 2003, nr. 4

J.L. Smeehuijzen, *Verjaring van het recht op vergoeding van personenschade*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006

J.L. Smeehuijzen, *De bevrijdende verjaring* (diss. VU Amsterdam), Deventer: Kluwer 2008

J.L. Smeehuijzen, 'De verantwoordelijkheid van de arts voor schadeafwikkeling door zijn verzekeraar', *TvGr* 2009, nr. 3

J.L. Smeehuijzen, 'Schadevergoeding wegens onzorgvuldige afwikkeling van letselschadevorderingen', *NTBR* 2009/44

J.L. Smeehuijzen en A.J. Akkermans, 'Medische aansprakelijkheid: over grote problemen haalbare verbeteringen en overschatte revoluties', *Preadvies Vereniging voor Gezondheidsrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2013

J.L. Smeehuijzen, K.A.P.C. van Wees, A.J. Akkermans, J. Legemaate, S. van Buschbach en J.E. Hulst (VU Amsterdam), *Opvang en schadeafwikkeling bij onbedoelde gevolgen van medisch handelen*, 2013

W. Sorgdrager, *Van incident naar effectief toezicht, onderzoek naar de afhandeling van dossiers over meldingen door de Inspectie voor de Gezondheidszorg*, 19 november 2012

J. Spier, T. Hartlief, G.E. van Maanen en R.D. Vriesendorp, *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding*, Deventer: Kluwer 2009

T.N.B.M. Spronken, Verdediging: een onderzoek naar de normering van het optreden van advocaten in strafzaken (diss. Maastricht), Deventer: Gouda Quint 2001

Statistik Austria, Jahrbucher Gesundheitsstatistik 2010, Wenen, november 2011

M.S. Stauch, 'Medical malpractice in Germany', *Chicago-Kent Law Review* vol. 86, no. 3, 2011

J.C. van der Steur, Grenzen van rechtsobjecten, een onderzoek naar de grenzen van objecten van eigendomsrechten en intellectuele eigendomsrechten, Deventer: Kluwer 2003

Stichting De Ombudsman, Letselschaderegeling 'Onderhandelen met het mes op tafel, of een zoektocht naar de redelijkheid', 2003

Stichting De Ombudsman, Over leven in de medische letselschadepraktijk, 2008

Stichting De Ombudsman, De Gedragscode Behandeling Letselschade: een goed bewaard geheim?, 2011

C.J.J.M. Stolker, Aansprakelijkheid van de arts – In het bijzonder voor mislukte sterilisaties (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1988

C.J.J.M. Stolker, 'Aansprakelijkheid voor bloedproducten en bloedtransfusies', *NJB* afl. 19/1995

C.J.J.M. Stolker, Onrechtmatige daad (losbl.), art. 162 BW

C.J.J.M. Stolker, Onrechtmatige daad (losbl.), art. 185 BW

C.J.J.M. Stolker en M.P. Sombroek-van Doorn, 'De wrongful life-vordering: schadevergoeding of euthanasie', *NTBR* 2003/9

D.M. Studdert e.a., 'Negligent care and malpractice claiming behaviour in Utah and Colorado', *Medical Care* 2000 vol. 38(3)

M.J. Stukart e.a., Tweede evaluatie Wet medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen, Reeks evaluatie regelgeving deel 30, Den Haag: Zonmw 2012

SWOV, Wetenschappelijk onderzoek verkeersveiligheid, Leidschendam 2010

SWOV, Relatie tussen verkeersovertredingen en verkeersongevallen, Verkennend onderzoek op basis van CJIB-gegevens, Leidschendam 2011

R.L.M.M. Tan, 'Over het mogelijke en het waarschijnlijke, salomonsoordelen in het aansprakelijkheidsrecht', *AV&S* 2008, nr. 1

P.C.J. de Tavernier, 'Over het bewijs van causaal verband met betrekking tot de geïnformeerde toestemming bij medische behandelingen', *MvV* 2010, nr. 5

B. de Temmerman en E. de Kezel, 'Normering in België: de Indicatieve Tabel', *TVP* 2002, nr. 4

E.J. Thomas e.a., 'Incidence and types of adverse events and negligent care in Utah and Colorado', *Medical Care* 2000 vol. 38(3)

TNO, Monitor arbeidsongevallen in Nederland, 2009

TNO, Monitor arbeidsongevallen in Nederland, 2010

D. van Tol, Grensgeschillen – Een rechtssociologisch onderzoek naar het classificeren van euthanasie en ander medisch handelen rond het levenseinde (diss. Groningen), Groningen: Grafiamedia 2005

D. van Trimpont en C. Denoyelle, 'Indicatieve Tabel 2008', *Nieuw Juridisch Weekblad* 2008, 189.

Tweede externe onderzoekscommissie MST, Heel de patiënt – Het handelen van de beroepsmatig betrokkenen na het vertrek van een disfunctionerende medisch specialist, 2010

V. Ulfbeck, M. Hartlev en M. Schultz, 'Malpractice in Scandinavia', *Chicago-Kent Law Review* vol. 87, no. 1, 2012

Utrecht Institute for Pharmaceutical Sciences, Hospital admissions related to medication (HARM) Een prospectief, multicenter onderzoek naar geneesmiddel gerelateerde ziekenhuisopnames, Division of Pharmacoepidemiology & Pharmacotherapy, 2006

A.J. Van, Onzekerheid over ouderschap en causaliteit (diss. Rotterdam), Arnhem: Gouda Quint 1995

A.J. Van, 'Vraag het aan de deskundige! Maar hoe?', *TVP* 2003, nr. 4

A.J. Van, 'De tuchtrechtelijke en civielrechtelijke aansprakelijkheid van medisch deskundigen', *TvGr* 2004, nr. 7

A.J. Van, 'De kosten van het (voorlopig) deskundigenbericht', *TVP* 2006, nr. 2

A.J. Van, 'De aansprakelijkheid voor gebrekkige medische hulpmiddelen- Implanon revisited', *TVP* 2011, nr. 2

A.J. Van en A.J. Akkermans, 'Effect deelgeschilprocedure veel groter dan zichtbaar aan alleen het aantal uitspraken', *TVP* 2011, nr. 3

A.J. Van en R.P. Wijne, 'Lies, damned lies and statistics – De berekening van het verlies van een kans bij medische aansprakelijkheid', *TVP* 2012, nr. 1

A.J. Van, Handboek Personenschade (losbl.), 4210

T. Vansweevelt, De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis (diss. Antwerpen), Antwerpen: Maklu, derde druk 1997

T. Vansweevelt, Ontwikkelingen rond medische aansprakelijkheid in België, Preadvies Vereniging voor Gezondheidsrecht, Den Haag: Sdu Uitgevers 2013

Velink&De Die, Informatie-uitwisseling in zorgketens, wat mag, kan en moet? Achtergrondstudie ten behoeve van de SGZ, 2011

B.C.J. van Velthoven en M.J. ter Voert, Geschilbeslechtingsdelta 2003, WODC, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004

B.C.J. van Velthoven en C.M. Klein Haarhuis, Geschilbeslechtingsdelta 2009, WODC, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010

B.C.J. van Velthoven, 'Schadekansen bij medische fouten, proportionele aansprakelijkheid in de praktijk', *TvGr* 2011, nr. 1

Verbond van Verzekeraars, Financieel Jaarverslag 2004

G.J.M. Verburg, Vaststelling van smartengeld, Deventer: Kluwer 2009

J. Verhaert, 'Beperkingen aan de WOB van door toezicht verkregen medische gegevens', *NJB* afl. 5/2012

A.J. Verheij, 'Wrongful Birth', *VR* 1998, nr. 12

A.J. Verheij, Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon (diss. VU Amsterdam), Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002

G.J. Verkerke e.a. (Expertgroep Medische Technologie), Medische Technologie at risk? Onderzoek naar risico's bij medische technologie en mogelijkheden om deze te voorkomen of te reduceren, april 2012

L.T. Visscher, 'De omvang van het smartengeld vanuit rechts- en gezondheidseconomisch perspectief', *AV&S* 2008, nr. 5

R. Vogels, De kwaliteit van de advocatuur, Zoetermeer: EIM 2006

H.Th. Vos en E. Dans, 'Vergoeding van shockschade na het Kindertaxi-arrest', *TVP* 2006, nr. 4

L. de Vries, 'Dit nooit meer, maar hoe dan?', *MC* 25 februari 2010 (65) nr. 8

S.A. de Vries, 'De Europese patiëntenrichtlijn: van privileges naar rechten voor alle patiënten in Europa?', *NtEr* 2011, nr. 7

VvAA trendonderzoek onder zorgaanbieders, Wat geldt(t) in de zorg?, derde editie oktober 2011

C. Wagner e.a., Oorzaken van incidenten en onbedoelde schade in ziekenhuizen, Amsterdam/Utrecht: EMGO en NIVEL 2008

G.M. van Wassenauer, 14-Jarigen en de billijkheidscorrectie, *VR* 2009, nr. 1

G.M. van Wassenauer, 'Het wetsvoorstel deelgeschilprocedure voor letsel- en overlijdensschade, een reactie vanuit de praktijk', *VR* 2009, nr. 1

G.M. van Wassenauer, Handboek Personenschade (losbl.), Eigen schuld en mede-aansprakelijkheid, 3140

A.J.O. van Wassenauer van Catwijck en R.H.C. Jongeneel, *Eigen schuld en mede-aansprakelijkheid*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995

Y. Waterman, *De aansprakelijkheid van de werkgever voor arbeidsongevallen en beroepsziekten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009

E.M. Weening, 'Jurisprudentieoverzicht Wet klachtrecht cliënten zorgsector', *TvGr* 2000, nr. 7

C.J. van Weering en E. Wytema, 'Levenssfeer, medische gegevens en dossier', *PIV-Bulletin* juni 2010

C.J. van Weering en A. Collignon, 'Juridische consequenties van gebrekkige heupimplantaten', *PIV-Bulletin* mei 2012

K.A.P.C. van Wees, A.J. Akkermans, R.M.E. Huver en N.A. Elbers, 'Meer dan geld alleen. Resultaten van een onderzoek naar behoeften, verwachtingen en ervaringen van slachtoffers en hun naasten met betrekking tot het civiele aansprakelijkheidsrecht', *AA* 56 (2007) 11

E.J. Wervelman en E.J.C. de Jong, 'Misverstanden en oplossingen rondom het inzage- en blokkeringsrecht in civiele zaken; enkele praktijkvoorbeelden', *TvGr* 2005, nr. 5

E.J. Wervelman, *De particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer, tweede druk, 2009

E.J. Wervelman, 'Voordeelsverrekening bij letselschade van uitkeringen uit hoofde van particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekeringen', *TVP* 2010, nr. 1

M. Wesselink, 'Deelgeschilprocedure voor letsel- en overlijdensschade, gewenst maar zal het werken?', *NJB* afl. 25/2010

B. Wessels, R.H.C. Jongeneel en M.L. Hendrikse, *Algemene Voorwaarden*, Deventer: Kluwer 2006

W.C.T. Weterings, *Vergoeding van letselschade en transactiekosten: Een kwalitatieve en kwantitatieve analyse*, Deventer: Tjeenk Willink, 1999

W.C.T. Weterings, Efficiëntere en effectievere afwikkeling van letselschadeclaims. Een studie naar schikkingsonderhandelingen in de letselschadepraktijk, normering en geschiloplossing door derden (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004

F.C.B. van Wijmen, 'Simpeler en beter. Over vereenvoudiging en verbetering van wetgeving betreffende patiëntenrechten', *NJB* afl. 36/2009

F.C.B. van Wijmen, *Recht op kwaliteit* (oratie Limburg), Deventer: Kluwer 1983, tevens opgenomen in de *Oratiebundel Gezondheidsrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2012

C.P.J. Wijnakker, 'Artikel 6 EVRM: Recht op gefinancierd deskundigenbericht', *L&S* 2010, nr. 1

C.P.J. Wijnakker, 'Vergoeding van affectieschade: via het EVRM ook in Nederland mogelijk', *VR* 2010, nr. 11

C.P.J. Wijnakker, 'Inzien van medische informatie: niet via het equality of arms-beginsel', *L&S* 2011, nr. 1

C.P.J. Wijnakker, 'Omgaan met medische informatie in overeenstemming met artikel 8 EVRM', *VR* 2012, nr. 11

R.P. Wijne, 'Hoe het nu (echt) zit met de aansprakelijkheid als de arts of het ziekenhuis als contractspartij van de patiënt gebruik maakt van een ongeschikte hulpzaak', *L&S* 2011, nr. 3

R.P. Wijne, 'De Wet cliëntenrechten zorg: een zorg minder in het aansprakelijkheidsrecht', *VR* 2011, nr. 4

R.P. Wijne, 'Wie betaalt de schade van de patiënt in geval van een disfunctionerende prothese', *TvGr* 2012, nr. 4

A. Wilken, 'De onduidelijke reikwijdte van het blokkeringsrecht: wetsvoorstel cliëntenrechten biedt geen oplossing', *TVP* 2009, nr. 4

A. Wilken, 'Op weg naar een professionele standaard voor medisch adviseurs in letselschadezaken', *TvGr* 2009, nr. 8

A. Wilken, 'De Gedragscode Verwerking Persoonsgegevens Financiële Instellingen herzien: een overzicht van wijzigingen en consequenties voor de personenschadepraktijk', *TVP* 2010, nr. 4

A. Wilken, A.J. Akkermans en J. Legemaate, 'Verbetering van het medisch beoordelingstraject', *VR* 2010, nr. 12

A. Wilken, A.J. Akkermans en J. Legemaate, Medisch beoordelingstraject bij Letselschade. Inventarisatie bestaande normering, knelpunten en mogelijke oplossingsrichtingen, Letselschade Raad, 2010

A. Wilken, 'Artikel 35 Wbp: wel of geen inzage in de adviezen van de medisch adviseur van de verzekeraar?', *TvGr* 2011, nr. 3

A. Wilken, 'De doolhof van het blokkeringsrecht', *Expertise en Recht* 2011, nr. 4

Wirtschafts- und Sozialwissenschaftliches Institut, Country reports on liberalisation and privatisation processes and forms of regulation, Liberalisation, privatisation and regulation in the German healthcare sector/hospitals, 2006

J. Wolfhagen en W. Zanger, 'De letselschadekamer: van een lijdelijke naar een leidende rechter', *AA* (2010) 10

I. van der Zalm, 'Schadevergoeding bij overlijden: een stoel die een soort tafeltje is' in: W.H. van Boom, J.H. van Dam-Lely en S.D. Lindenbergh, *Rake remedies*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011

A. Zuurmond e.a., 'Rechtspraak beoordeeld, Over het kwaliteitssysteem van de gerechten,' Raad voor de Rechtspraak, Den Haag juli 2006

J.W. Zwemmer e.a., Onderzoeksrapport functioneren orthopedisch chirurg Waterland Ziekenhuis, Purmerend 8 juli 2010

REGISTER GERAADPLEEGDE JURISPRUDENTIE

De uitspraken van de rechterlijke macht met een LJN-nummer zijn te raadplegen via <www.rechtspraak.nl>. De uitspraken van de tuchtcolleges met een LJN-nummer zijn te raadplegen <www.tuchtrecht.overheid.nl>. Met ingang van 28 juni 2013 zijn de LJN-nummers vervangen door een European Case Law Identifier (ECLI) nummer. Bij de omzetting naar ECLI is het LJN-nummer opgenomen in het laatste (nummer)deel van ECLI.

De uitspraken van de tuchtcolleges zonder LJN-nummer zijn te raadplegen via <www.tuchtcollege-gezondheidszorg.nl>. De uitspraken van het EHRM zijn te raadplegen via de database van het EHRM, 'HUDOC' <www.echr.coe.int>. De uitspraken van het HvJEU zijn te raadplegen via de database van het HvJEU, 'Info Curia' <www.curia.europa.eu>.

Hoofdstuk 1

Rechtbank Rotterdam 14 maart 2012, LJN BV9542

Hoofdstuk 2

EHRM 4 mei 2001, EHRC 2001, 40, met nt. J.H. Gerards

EHRM 17 januari 2002, zaaknr. 32967/96

EHRM 6 juli 2005, NJCM-Bulletin 2005, p. 1001, met nt. A.C. Hendriks

EHRM 9 april 2009, zaaknr. 71463/01

EHRM 16 februari 2010, zaaknr. 32146/05

EHRM 23 maart 2010, zaaknr. 12219/05

EHRM 18 mei 2010, zaaknr. 24034/07

HR 9 december 1955, NJ 1956, 157

HR 14 juni 1974, NJ 1974, 436 met nt. Th.W. van Veen

HR 11 maart 1977, NJ 1977, 521, met nt. G.J. Scholten

HR 27 november 1984, NJ 1985, 106, met nt. Th.W. van Veen

HR 21 oktober 1986, NJ 1987, 607, met nt. G.E. Mulder

HR 6 april 1990, NJ 1991, 689, met nt. C.J.H. Brunner

HR 19 februari 1993, NJ 1994, 290, met nt. C.J.H. Brunner

HR 21 juni 1994, NJ 1994, 656, met nt. T.M. Schalken

HR 30 september 1994, NJ 1996, 196, met nt. C.J.H. Brunner

HR 15 oktober 1999, NJ 2001, 42

HR 30 november 1999, NJ 2000, 216, met nt. T.M. Schalken

HR 3 december 1999, *NJ* 2000, 235, met nt. P.A. Stein
HR 10 december 1999, *NJ* 2000, 211, met nt. P.A. Stein
HR 8 september 2000, *NJ* 2000, 734, met nt. A.R. Bloembergen
HR 27 april 2001, *NJ* 2002, 54, met nt. C.J.H. Brunner
HR 19 maart 2002, *NJ* 2002, 497
HR 12 juli 2002, *NJ* 2003, 151, met nt. F.C.B. van Wijmen
HR 24 december 2002, *NJ* 2003, 167, met nt. T.M. Schalken
HR 10 januari 2003, *NJ* 2003, 537, met nt. W.M. Kleijn
HR 8 april 2003, *NJ* 2004, 365, met nt. D.H. de Jong
HR 21 oktober 2003, *NJ* 2006, 328, met nt. P.A.M. Mevis
HR 7 september 2004, *NJ* 2005, 99, met nt. P.A.M. Mevis
HR 5 november 2004, *NJ* 2005, 215
HR 18 maart 2005, *NJ* 2006, 606, met nt. J.B.M. Vranken
HR 23 december 2005, *NJ* 2006, 289, met nt. M.R. Mok
HR 3 juli 2007, *NJ* 2007, 413
HR 7 november 2008, *NJ* 2009, 436, met nt. J. Legemaate
HR 14 februari 2012, *LJN* BU8755
HR 12 maart 2013, *NJB* 2013, 735
HR 12 maart 2013, *NJB* 2013, 736
Gerechtshof Arnhem 28 november 2000, *LJN* AA9006
Gerechtshof Amsterdam 10 februari 2004, *LJN* AO3391
Gerechtshof Amsterdam 4 november 2004, *TvGr* 2005, 9
Gerechtshof 's-Hertogenbosch 19 juli 2005, *LJN* AU0211
Gerechtshof Amsterdam 12 oktober 2005, *LJN* AU4229
Gerechtshof 's-Gravenhage 11 juli 2006, *LJN* AY8855
Gerechtshof 's-Hertogenbosch 28 augustus 2007, *LJN* BB2385
Gerechtshof Amsterdam op 9 april 2008, *LJN* BC9170
Gerechtshof Arnhem 10 maart 2009, *LJN* BH7777
Gerechtshof Arnhem 26 mei 2009, *LJN* BJ0833
Gerechtshof Leeuwarden 6 oktober 2009, *LJN* BJ9385
Gerechtshof Arnhem 9 oktober 2009, *LJN* BJ9774
Gerechtshof Arnhem 18 december 2009, *LJN* BL1944
Gerechtshof 's-Gravenhage 27 januari 2010, *LJN* BV2959
Gerechtshof Leeuwarden 11 januari 2011, *LJN* BP1174
Gerechtshof Amsterdam 2 augustus 2011, *LJN* BR2400
Gerechtshof Amsterdam 27 december 2011, *LJN* BU9560
Gerechtshof 's-Gravenhage 18 april 2012, *LJN* BW4443
Rechtbank Leeuwarden 23 december 1987, *NJ* 1988, 981
Rechtbank Arnhem 30 januari 1997, *NJkort* 1997, 20

Rechtbank Arnhem 15 maart 2001, *Nemesis* 2002, 1416
 Rechtbank Zwolle 6 juni 2001, *LJN* AB2389
 Rechtbank Middelburg 17 april 2002, *LJN* AE1632
 Rechtbank 's-Gravenhage 19 december 2002, *LJN* AF2320
 Rechtbank Utrecht 12 november 2002, *LJN* AF0228
 Rechtbank Arnhem 11 juni 2003, *NJkort* 2003, 86
 Rechtbank Utrecht 24 juni 2004, *LJN* AP4308
 Rechtbank Breda 10 november 2004, *LJN* AR5394
 Rechtbank Utrecht 30 november 2004, *LJN* AR6673
 Rechtbank Leeuwarden 23 december 2004, *LJN* AR8065
 Rechtbank Leeuwarden 23 december 2004, *LJN* AR8068
 Rechtbank 's-Hertogenbosch 15 juni 2005, *LJN* AT7382
 Rechtbank 's-Hertogenbosch 15 juni 2005, *JBPr* 2005, 75, met nt. J.S. Kortmann
 Rechtbank Maastricht 22 maart 2006, *LJN* AV7273
 Rechtbank Breda, 6 april 2006, *LJN* AV8715
 Rechtbank Alkmaar 24 mei 2006, *LJN* AX4831
 Rechtbank Arnhem 17 mei 2006, zaaknr. 123017/HA ZA 05-179
 Rechtbank Rotterdam 12 september 2006, *LJN* AY8263
 Rechtbank 's-Gravenhage 15 augustus 2007 *LJN* BB1714
 Rechtbank 's-Gravenhage 21 mei 2008, *LJN* BE8800
 Rechtbank Haarlem 12 september 2008, *LJN* BF0654
 Rechtbank Amsterdam 26 september 2008, *LJN* BF3175
 Rechtbank Utrecht 17 november 2008, *LJN* BG4484
 Rechtbank Rotterdam 12 december 2008, *LJN* BG6738
 Rechtbank Leeuwarden 10 februari 2009, *LJN* BH2373
 Rechtbank Groningen 4 juni 2009, *LJN* BM1623
 Rechtbank Amsterdam 12 juni 2009, *LJN* BI7422
 Rechtbank Amsterdam 12 juni 2009, *LJN* BI7370
 Rechtbank Rotterdam 15 juli 2009, *LJN* BJ3702
 Rechtbank Utrecht 28 oktober 2009, *LJN* BK1546
 Rechtbank 's-Gravenhage 26 januari 2010, *LJN* BL0883
 Rechtbank Leeuwarden 2 februari 2010, *LJN* BL1961
 Rechtbank Zwolle 26 mei 2010, *LJN* BN6383
 Rechtbank Assen 29 juni 2010, *LJN* BN1335
 Rechtbank Amsterdam 11 augustus 2010, *LJN* BP0743
 Rechtbank Utrecht 6 oktober 2010, *LJN* BN9618
 Rechtbank Leeuwarden 16 maart 2011, *L&S* 2011, 240
 Rechtbank Leeuwarden 22 juli 2011, *LJN* BR2586
 Rechtbank 's-Gravenhage 16 januari 2012, *LJN* BV6482

Rechtbank Alkmaar 24 september 2012, *LJN* BX8124
Rechtbank Arnhem 24 oktober 2012, *LJN* BY2815
Rechtbank Zutphen 9 november 2012, *TvGr* 2013, 6, met nt. J.P. van Barneveld
Rechtbank Haarlem 30 november 2012, *TvGr* 2013, 10
Rechtbank Amsterdam 9 januari 2013, *LJN* BZ5540
Rechtbank Utrecht 18 april 2013, *LJN* BZ7982
ABRS 14 maart 2012, *LJN* BV8772
CTG 18 december 2001, *Stcrt.* 2002, 10
CTG 4 maart 2003, zaaknr. 2002/078
CTG 4 maart 2004, *TvGr* 2004, 30
CTG 25 maart 2004, zaaknr. 2002/193
CTG 14 oktober 2004, zaaknr. 2003/091
CTG 20 januari 2005, *TvGr* 2005, 11
CTG 13 juli 2006, zaaknr. 2005/026
CTG 27 maart 2007, *GJ* 2007, 113, met nt. A.J.J.G. Schijns
CTG 19 juni 2007, *TvGr* 2007, 41, met nt. B. Sluijters
CTG 27 januari 2009, zaaknr. 2008/287-2008/291
CTG 1 april 2010, *LJN* YG0198
CTG 19 april 2011, *LJN* YG1057
CTG 5 juli 2011, *LJN* YG1323
CTG 18 oktober 2011, *LJN* YG1454
CTG 15 december 2011, *LJN* YG1623
CTG 15 december 2011, *LJN* YG1628
CTG 7 juni 2012, *Stcrt.* 2012, nr. 11941
CTG 2 augustus 2012, *Stcrt.* 2012, nr. 15986
CTG 2 augustus 2012, *Stcrt.* 2012, 15987
RTG Zwolle 3 november 1990, *TvGr* 1991, 36
RTG Zwolle 10 maart 2005, *MC* 23 maart 2005, nr. 12
RTG Zwolle 11 januari 2007, zaaknr. 154/05
RTG Eindhoven 4 augustus 2008, zaaknr. 0794
RTG Zwolle 29 april 2010, *LJN* YG0252
RTG 's-Gravenhage 6 juli 2010, YG0413
RTG 's-Gravenhage 26 oktober 2010, zaaknr. 2008 H 178j
RTG Zwolle 18 november 2010, zaaknr. 070/2009
RTG Eindhoven 15 juni 2011, *LJN* YG1167
RTG Eindhoven 28 november 2011, *LJN* YG1546
RTG 's-Gravenhage 8 mei 2012, *LJN* YG2008
RTG 's-Gravenhage 8 mei 2012, *LJN* YG2010
RTG Amsterdam 19 juli 2012, *LJN* YG2236

Geschillencommissie Ziekenhuizen 8 juli 1997, zaaknr. ZIN97-0013
Geschillencommissie Ziekenhuizen 8 juli 1997, zaaknr. ZIN97-0009

Hoofdstuk 3

EHRM 7 juli 1989, *NJ* 1991, 659, met nt. E.J. Dommering
EHRM 25 februari 1997, zaaknr. 22009/93
EHRM 27 augustus 1997, zaaknr. 20837/92
EHRM 29 april 2002, *NJ* 2004, 543, met nt. E.A. Alkema
EHRM 9 maart 2004, *EHRC* 2004, 38, met nt. A.C. Hendriks
EHRM 16 juni 2005, *EHRC* 2005, 82, met nt. J. van der Velde
EHRM 5 oktober 2006, *EHRC* 2007, 23, met nt. A.C. Hendriks
EHRM 10 oktober 2006, zaaknr. 7508/02
EHRM 20 maart 2007, *EHRC* 2007, 70, met nt. H.L. Janssen
EHRM 17 juli 2008, zaaknr. 20511/03
EHRM 28 april 2009, zaaknr. 32881/04
EHRM 2 juni 2009, zaaknr. 36936/05
EHRM 2 juni 2009, *EHRC* 2009, 96, met nt. E.H. Hulst
EHRM 23 maart 2010, *GJ* 2010, 73, met nt. A.C. Hendriks
EHRM 10 juni 2010, *EHRC* 2010, 89 met nt. J.H. Gerards
EHRM 16 december 2010, *NJ* 2011, 216, met nt. E.A. Alkema
EHRM 26 mei 2011, *EHRC* 2011, 109, met nt. A.C. Hendriks
EHRM 7 juli 2011, zaaknr. 23459/03
EHRM 8 november 2011, *EHRC* 2012, 18, met nt. A.C. Hendriks
EHRM 17 januari 2012, zaaknr. 20376/05
EHRM 3 april 2012, *GJ* 2012, 91, met nt. A.C. Hendriks
EHRM 12 juni 2012, zaaknr. 29518/10
EHRM 13 november 2012, zaaknr. 46132/08
EHRM 15 januari 2013, *EHRC* 2013, 81, met nt. A.C. Hendriks
ECieRM 3 oktober 1979, zaaknr. 8383/78
ECieRM 7 december 1981, zaaknr. 8878/80
ECieRM 13 mei 1986, zaaknr. 11516/85
HvJEG 9 oktober 2001, zaaknr. 377/98
HvJEU 26 februari 2013, zaaknr. C-617/10
HvJEU 26 februari 2013, zaaknr. C-399/11
HR 21 april 1913, *NJ* 1913, 958
HR 14 juni 1974, *NJ* 1974, 436, met nt. Th.W. van Veen
HR 11 maart 1977, *NJ* 1977, 521, met nt. G.J. Scholten
HR 2 november 1979, *NJ* 1980, 77, met nt. G.J. Scholten
HR 13 maart 1981, *NJ* 1981, 635, met nt. C.J.H. Brunner

HR 12 december 1986, *NJ* 1987, 958, met nt. C.J.H. Brunner
HR 2 december 1988, *NJ* 1989, 752, met nt. J.M.M. Maeijer
HR 28 april 1989, *TvGr* 1989, 51 met nt. H.J. Leenen en *NJ* 1990, 46 met nt. G.E. Mulder
HR 8 juli 1992, *NJ* 1992, 714
HR 18 februari 1994, *NJ* 1994, 368
HR 15 april 1994, *NJ* 1994, 608, met nt. W.C.E. Hammerstein-Schoonderwoerd
HR 9 oktober 1998, *NJ* 1998, 853
HR 15 oktober 1999, *NJ* 2001, 42, met nt. F.C.B. van Wijmen
HR 8 september 2000, *NJ* 2000, 734, met nt. A.R. Bloembergen
HR 2 maart 2001, *NJ* 2001, 649, met nt. J.B.M. Vranken en F.C.B. van Wijmen
HR 20 april 2001, *NJ* 2001, 600, met nt. W.M. Kleijn en F.C.B. van Wijmen
HR 8 juni 2001, *NJ* 2001, 422
HR 23 november 2001, *NJ* 2002, 386
HR 23 november 2001, *NJ* 2002, 387, met nt. J.B.M. Vranken
HR 22 februari 2002, *NJ* 2002, 240, met nt. J.B.M. Vranken
HR 8 maart 2002, *NJ* 2003, 706, met nt. G.R.J. de Groot
HR 23 januari 2003, *NJ* 2003, 491, met nt. J. de Boer
HR 12 december 2003, *NJ* 2004, 117
HR 26 maart 2004, *TvGr* 2004, 33, met nt. J. van der Burg, *JBPr* 2004, 37, met nt. C.J.M. Klaassen en *NJ* 2009, 340, met nt. F.C.B. van Wijmen
HR 29 juni 2004, *NJ* 2005, 273, met nt. G. Knigge
HR 9 juli 2004, *NJ* 2005, 78
HR 28 januari 2005, *LJN* AR6459
HR 18 maart 2005, *NJ* 2006, 606, met nt. J.B.M. Vranken
HR 12 augustus 2005, *NJ* 2009, 341, met nt. F.C.B. van Wijmen
HR 24 maart 2006, *NJ* 2009, 485, met nt. M.R. Mok
HR 9 mei 2006, *LJN* AV2386
HR 26 mei 2009, *NJ* 2009, 263, met nt. J. Legemaate
HR 22 september 2006, *LJN* AX1576
HR 20 april 2007, *VR* 2007, 133, met nt. G.M. van Wassenauer
HR 15 juni 2007, *NJ* 2007, 335
HR 29 juni 2007, *NJ* 2007, 638
HR 7 december 2007, *LJN* BB3670
HR 27 mei 2008, *NJ* 2008, 407, met nt. J. Legemaate
HR 21 oktober 2008, *NJ* 2008, 630, met nt. J. Legemaate
HR 8 januari 2010, *NJ* 2010, 43
HR 11 juni 2010, *NJ* 2010, 331
HR 8 oktober 2010, *NJ* 2010, 545
HR 5 juli 2011, *LJN* BP6138

HR 5 juli 2011, *LJN* BP6144
 HR 5 juli 2011, *NJ* 2011, 416, met nt. J. Legemaate
 HR 25 mei 2012, *NJ* 2012, 566, met nt. J. Legemaate
 HR 12 februari 2013, *LJN* BY5677
 HR 12 februari 2013, *LJN* BV3004
 HR 15 maart 2013, *LJN* BY7840
 Gerechtshof Arnhem 8 maart 1983, *NJ* 1984, 212
 Gerechtshof Arnhem 25 september 1985, *NJ* 1986, 467
 Gerechtshof Amsterdam 6 augustus 1987, *NJ* 1988, 567
 Gerechtshof Arnhem 16 januari 1990, *TvGr* 1990, 39
 Gerechtshof Arnhem 10 juli 1990, *TvGr* 1991, 78
 Gerechtshof Arnhem 23 juli 1991, *TvGr* 1993, 66
 Gerechtshof Amsterdam 28 april 1994, *TvGr* 1994, 61
 Gerechtshof Amsterdam 11 mei 1995, *Njkort* 1995, 41
 Gerechtshof Leeuwarden 27 september 1995, te kennen uit HR 21 februari 1997, *NJ* 1999, 145, met nt. C.J.H. Brunner
 Gerechtshof Amsterdam 11 juli 1996, *TvGr* 1997, 13
 Gerechtshof Amsterdam 18 juli 1996, *TvGr* 1998, 19
 Gerechtshof Amsterdam 19 februari 1998, *TvGr* 1998, 48
 Gerechtshof Amsterdam 19 maart 1998, *NJ* 1998, 920
 Gerechtshof Amsterdam 6 augustus 1998, *VR* 1998, 183
 Gerechtshof 's-Gravenhage 12 februari 1999, *LJN* AB0949
 Gerechtshof Leeuwarden 12 mei 1999, *TvGr* 2000, 25
 Gerechtshof Amsterdam 24 juni 1999, *Njkort* 1999, 77
 Gerechtshof Arnhem 27 juli 1999, *VR* 2001, 21
 Gerechtshof Arnhem, 14 december 1999, *NJ* 2001, 19
 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 18 september 2000, *NJ* 2001, 555
 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 26 september 2000, *NJ* 2001, 675
 Gerechtshof Amsterdam 28 september 2000, *TvGr* 2002, 71
 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 30 oktober 2001, *KG* 2002, 6
 Gerechtshof Leeuwarden, 28 augustus 2002, *LJN* AF5968
 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 23 september 2002, *LJN* AS3056
 Gerechtshof 's-Gravenhage 10 oktober 2002, *NJ* 2003, 99
 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 12 december 2002, *NJ* 2003, 379, met nt. F.C.B. van Wijmen
 Gerechtshof Amsterdam 4 november 2004, *TvGr* 2005, 9
 Gerechtshof Leeuwarden 22 december 2004, *TvGr* 2005, 3
 Gerechtshof Arnhem 17 januari 2006, *JA* 2006, 37
 Gerechtshof Amsterdam 18 januari 2007, te kennen uit HR 16 april 2010, *LJN* BL2229
 Gerechtshof Leeuwarden 28 februari 2007, *NJ* 2009, 199

Gerechtshof 's-Gravenhage 10 juli 2007, *LJN* BB2375
Gerechtshof 's-Hertogenbosch 28 augustus 2007, *LJN* BB2385
Gerechtshof Leeuwarden, 19 december 2007, *LJN* BC1632
Gerechtshof Amsterdam 24 januari 2008, *LJN* BC9815
Gerechtshof Leeuwarden 25 februari 2008, *LJN* BC5102
Gerechtshof Amsterdam op 9 april 2008, *LJN* BC9170
Gerechtshof Arnhem 23 september 2008, *LJN* BF3594
Gerechtshof Amsterdam 30 september 2008, te kennen uit HR 16 april 2010, *LJN* BL2229
Gerechtshof Leeuwarden 9 december 2008, *NJ* 2009, 200, met nt. J. Legemaate
Gerechtshof 's-Hertogenbosch 3 februari 2009, *LJN* BH8603
Gerechtshof 's-Hertogenbosch 31 maart 2009, *LJN* BI0044
Gerechtshof 's-Gravenhage 28 april 2009, *LJN* BI4768
Gerechtshof 's-Gravenhage 29 september 2009, *LJN* BK1547
Gerechtshof 's-Hertogenbosch 24 november 2009, *LJN* BK4557
Gerechtshof 's-Hertogenbosch 9 februari 2010, *JA* 2010, 60, met nt. R.W.M. Giard
Gerechtshof Amsterdam 31 augustus 2010, *LJN* BN7966
Gerechtshof 's-Gravenhage 16 februari 2011, *LJN* BP7714
Gerechtshof Amsterdam 24 mei 2011, *LJN* BQ7517
Gerechtshof Amsterdam 5 juli 2011, *LJN* BR3020
Gerechtshof Amsterdam 26 juli 2011, *LJN* BT6513
Gerechtshof Amsterdam 2 augustus 2011, *LJN* BR4200
Gerechtshof 's-Hertogenbosch 30 augustus 2011, *LJN* BT1808
Gerechtshof Arnhem 10 januari 2012, *LJN* BV0470
Gerechtshof Amsterdam 12 maart 2013, *LJN* BZ6703
Rechtbank 's-Gravenhage 16 november 1972, *NJ* 1973, 132
Rechtbank Leeuwarden 1 maart 1984, *NJ* 1986, 334
Rechtbank Breda 20 juli 1985, *NJ* 986, 32
Rechtbank Middelburg 22 september 1986, *TvGr* 1987, 18
Rechtbank Haarlem 21 mei 1987, *NJ* 1988, 624
Rechtbank Leeuwarden 23 december 1987, *TvGr* 1988, 23 en 24
Rechtbank Roermond 27 juli 1989, *NJ* 1990, 759
Rechtbank Zwolle 13 december 1989, *TvGr* 1990, 63
Rechtbank Arnhem 4 juni 1992, *TvGr* 1993, 29
Rechtbank Arnhem 25 juni 1992, *TvGr* 1993, 12
Rechtbank Zutphen 14 april 1993, *KG* 1993, 173
Rechtbank Haarlem 9 augustus 1994, *TvGr* 1996, 28
Rechtbank Assen 20 december 1994, *NJ* 1995, 315
Rechtbank Zutphen 19 januari 1995, *NJ*kort 1997, 44
Rechtbank Dordrecht 21 juni 1995, *TvGr* 1996, 11

Rechtbank Amsterdam 5 juli 1995, *NJkort* 1995, 35
 Rechtbank Amsterdam 19 juni 1996, *VR* 1997, 106
 Rechtbank 's-Gravenhage 28 juni 1996, *TvGr* 1997, 14
 Rechtbank Amsterdam 28 augustus 1996, *VR* 1997, 107
 Rechtbank Utrecht 13 november 1996, *NJ* 1997, 417
 Rechtbank Arnhem 8 januari 1998, *TvGr* 1998, 23
 Rechtbank 's-Gravenhage 23 april 1999, *KG* 1999, 134
 Rechtbank Utrecht 12 oktober 1999, *LJN* AA3827
 Rechtbank Middelburg 23 februari 2000, *LJN* AA5605
 Rechtbank 's-Gravenhage 20 juni 2000, *TvGr* 2000, 7
 Rechtbank 's-Gravenhage 12 juli 2000, *VR* 2001, 20
 Rechtbank Zwolle 6 juni 2001, *LJN* AB2389
 Rechtbank 's-Hertogenbosch 29 november 2001, *LJN* AD6616
 Rechtbank Roermond 6 december 2001, *LJN* AD6905
 Rechtbank Rotterdam, 16 april 2003, *LJN* AF7942
 Rechtbank Amsterdam 28 mei 2003, *NJ* 2004, 45
 Rechtbank Arnhem, 11 juni 2003, *LJN* AG0130
 Rechtbank Assen 16 juli 2003, *TvGr* 2003, 64
 Rechtbank Leeuwarden 15 augustus 2003, *LJN* AI1813
 Rechtbank Arnhem, 20 augustus 2003, *LJN* AI1624
 Rechtbank Zwolle 10 december 2003, *LJN* AN9850
 Rechtbank Maastricht 28 januari 2004, *LJN* AO2581
 Rechtbank Zwolle 4 februari 2004, *JA* 2004, 13
 Rechtbank Alkmaar 11 februari 2004, *LJN* AO3453
 Rechtbank Roermond 20 april 2004, *LJN* AT4028
 Rechtbank 's-Hertogenbosch 15 juni 2005, *JBPr* 2005, 75, met nt. J.S. Kortmann
 Rechtbank 's-Hertogenbosch 15 juni 2005, *LJN* AT7382
 Rechtbank Arnhem 6 oktober 2005, *LJN* AU8387
 Rechtbank Amsterdam 27 oktober 2005, *LJN* AU6024
 Rechtbank Arnhem 22 maart 2006, *LJN* AW2865
 Rechtbank Alkmaar 24 mei 2006, *LJN* AX4831
 Rechtbank Arnhem 12 juni 2006, *LJN* AY7461
 Rechtbank 's-Gravenhage 26 juli 2006, *LJN* AY5099
 Rechtbank Rotterdam 11 oktober 2006, zaaknr. 100586/HA ZA 98-1894
 Rechtbank Rotterdam 13 februari 2007, rekestnr. RK 06/1073
 Rechtbank Groningen 14 februari 2007, *LJN* BA7177
 Rechtbank Alkmaar 11 juli 2007, *LJN* BB0201
 Rechtbank Maastricht 19 september 2007, *LJN* BB3949
 Rechtbank Assen, 24 oktober 2007, *LJN* BD2052

Rechtbank Amsterdam 22 november 2007, *GJ* 2008, 8, met nt. R.S. Doppegieter
Rechtbank Amsterdam 20 december 2007, *LJN* BC1778
Rechtbank Zwolle-Lelystad 20 december 2007, *JA* 2008, 24
Rechtbank 's-Hertogenbosch 26 maart 2008, *LJN* BC7489
Rechtbank Roermond 16 april 2008, *LJN* BC9696
Rechtbank Haarlem 2 juli 2008, *LJN* BD8290
Rechtbank Amsterdam 7 januari 2009, *L&S* 2010, 77
Rechtbank Arnhem 11 maart 2009, *JA* 2009, 85, met nt. A.J. Van
Rechtbank Haarlem 27 maart 2009, *LJN* BH8658
Rechtbank Groningen 4 juni 2009, *LJN* BM1623
Rechtbank Amsterdam 12 juni 2009, *LJN* BI7370
Rechtbank Amsterdam 12 juni 2009, *LJN* BI7422
Rechtbank Arnhem 8 juli 2009, *TvGr* 2009, 32, met nt. W.R. Kastelein
Rechtbank Rotterdam 15 juli 2009, *LJN* BJ3702
Rechtbank 's-Hertogenbosch 30 september 2009, *LJN* BK3959
Rechtbank 's-Gravenhage 6 oktober 2009, *LJN* BK0176
Rechtbank Utrecht 28 oktober 2009, *LJN* BK1546
Rechtbank Maastricht 5 november 2009, *GJ* 2010, 31
Rechtbank Middelburg 23 november 2009, *LJN* BL8854
Rechtbank Groningen 25 november 2009, *LJN* BK7384
Rechtbank Amsterdam 9 december 2009, *LJN* BL6693
Rechtbank 's-Gravenhage 10 december 2009, *LJN* BL0577
Rechtbank Assen 21 januari 2010, *LJN* BL0102
Rechtbank Groningen, 22 januari 2010, *LJN* BL0233
Rechtbank Arnhem 3 februari 2010, *LJN* BL4385
Rechtbank Amsterdam 12 maart 2010, *LJN* BL9136
Rechtbank Rotterdam, 17 maart 2010, *LJN* BL8825
Rechtbank Dordrecht 31 maart 2010, *LJN* BM0264
Rechtbank Rotterdam 14 april 2010, *LJN* BN7297
Rechtbank Assen 29 juni 2010, *LJN* BN1335
Rechtbank Zwolle 14 juli 2010, *LJN* BO4400
Rechtbank Haarlem 22 september 2010, *LJN* BO9229
Rechtbank Rotterdam 24 november 2010, *LJN* BO7879
Rechtbank Almelo 10 december 2010, *LJN* BO9506
Rechtbank Maastricht 13 december 2010, *LJN* BO7650
Rechtbank 's-Gravenhage 22 december 2010, *LJN* BO9396
Rechtbank Breda 2 februari 2011, *LJN* BP2954
Rechtbank Middelburg 2 maart 2011, *LJN* BP8087
Rechtbank Amsterdam 16 mei 2011, *LJN* BQ7754

Rechtbank Leeuwarden 8 juni 2011, *JA* 2011, 146, met nt. R.P. Wijne
 Rechtbank Utrecht 15 juni 2011, *TvGr* 2011, 31
 Rechtbank Zutphen 6 juli 2011, *LJN* BR0785
 Rechtbank Arnhem 1 september 2011, *LJN* BU3975
 Rechtbank 's-Gravenhage 23 november 2011, *LJN* BX6364
 Rechtbank Arnhem 25 januari 2012, *LJN* BV6218
 Rechtbank 's-Hertogenbosch 22 februari 2012, *LJN* BV6856
 Rechtbank Arnhem 11 april 2012, *LJN* BW3752
 Rechtbank Utrecht 16 mei 2012, *LJN* BW6298
 Rechtbank 's-Gravenhage 31 augustus 2012, *LJN* BX6260
 Rechtbank Amsterdam 12 september 2012, *LJN* BY1333
 Rechtbank Alkmaar 3 oktober 2012, *LJN* BY2862
 Rechtbank Rotterdam 23 januari 2013, *LJN* BZ2365
 Rechtbank Rotterdam 23 januari 2013, *LJN* BZ2397
 Rechtbank Oost-Nederland 28 maart 2013, *LJN* NBZ6271
 Rechtbank 's-Gravenhage 29 mei 2013, *LJN* CA2475
 Gerecht in Eerste Aanleg Curaçao 15 januari 1973, *NJ* 1973, 314
 Gerecht in Eerste Aanleg van de Nederlands Antillen 2 februari 2011, *LJN* BP2923
 CMT 28 september 1972, *NJ* 1973, 270
 CMT 14 september 1989, *TvGr* 1990, 44 en 45
 CTG 14 november 1996, *TvGr* 1997, 11
 CTG 6 september 2001, *TvGr* 2001, 63
 CTG 10 april 2003, zaaknr. 2002/203
 CTG 4 maart 2004, *TvGr* 2004, 30
 CTG 10 april 2007, zaaknr. 2006/010
 CTG 19 april 2007, zaaknr. 2005/189
 CTG 19 juni 2007, zaaknr. 2006/137
 CTG 19 juni 2007, zaaknr. 2006/138
 CTG 19 juni 2007, zaaknr. 2006/139
 CTG 19 juni 2007, zaaknr. 2006/140
 CTG 19 juni 2007, zaaknr. 2006/141
 CTG 4 september 2007, zaaknr. 2006./301
 CTG 16 december 2008, zaaknr. 2007/012
 CTG 22 januari 2009, zaaknr. 2007/240
 CTG 3 september 2009, zaaknr. 2007/209
 CTG 7 juli 2009, zaaknr. 2008/053
 CTG 3 september 2009, zaaknr. 2008/299
 CTG 12 november 2009, zaaknr. 2008/189
 CTG 19 augustus 2010, *LJN* YG0528

CTG 19 april 2011, *LJN* YG1064
CTG 24 mei 2011, *LJN* YG1293
CTG 25 oktober 2011, *TvGr* 2012, 5, met nt. A. Wilken
CTG 23 februari 2012, *LJN* YG1812
CTG 17 april 2012, *TvGr* 2012, 26
CTG 8 mei 2012, *LJN* YG1996
MT Groningen 28 november 1956, *NJ* 1957, 366
RTG Zwolle 10 november 1984, *TvGr* 1985, 28
RTG Amsterdam 24 juni 1985, *TvGr* 1988, 16
RTG Groningen 17 januari 1998, *TvGr* 2000, 47
RTG Amsterdam 28 januari 2003, *TvGr* 2003, 44
RTG Amsterdam 7 maart 2006, zaaknr. 04/060, 04/061, 04/062 en 04/063
RTG Amsterdam 23 mei 2006, zaaknr. 05125
RTG Amsterdam 28 november 2006, zaaknr. 05/321
RTG Amsterdam, 15 mei 2007, zaaknr. 06112;
RTG Amsterdam 19 juni 2007, *TvGr* 2007, 37
RTG Zwolle 13 november 2007, zaaknr. 06-172
RTG Eindhoven 9 januari 2008, zaaknr. 2007.157
RTG Amsterdam 16 december 2008, zaaknr. 07203v
RTG Zwolle 15 januari 2009, zaaknr. 07-51
RTG Amsterdam 20 januari 2009, zaaknr. 08039
RTG Groningen 24 maart 2009, zaaknr. 2008/01
RTG Eindhoven 20 april 2009, zaaknr. 2008.106b
RTG Amsterdam 21 april 2009, zaaknr. 08138
RTG Zwolle 7 mei 2009, zaaknr. 08-041
RTG Amsterdam 12 mei 2009, zaaknr. 2008.078
RTG 's-Gravenhage 19 mei 2009, zaaknr. 2008T041a
RTG Zwolle 4 juni 2009, zaaknr. 08-191
RTG 's-Gravenhage 9 juni 2009, zaaknr. 2007t197a
RTG Groningen 18 augustus 2009, zaaknr. 2008/42
RTG Amsterdam 8 september 2009, zaaknr. 08136
RTG Zwolle 29 oktober 2009, zaaknr. 08-154
RTG Eindhoven 4 november 2009, zaaknr. 2009.81
RTG 's-Gravenhage 17 november 2009, zaaknr. 2007t169
RTG Zwolle 19 november 2009, zaaknr. 07-2009
RTG Eindhoven 25 november 2009, zaaknr. 2009.11
RTG 's-Gravenhage, 1 december 2009, zaaknr. 2008t021
RTG 's-Gravenhage 22 december 2009, zaaknr. 2009O161
RTG Eindhoven 18 januari 2010, zaaknr. 0985

RTG 's-Gravenhage 2 februari 2010, zaaknr. 2009T52
 RTG 's-Gravenhage 11 mei 2010, *LJN* YG0286
 RTG Amsterdam 15 juni 2010, *LJN* YG0509
 RTG Groningen 29 juni 2010, *LJN* YG0415
 RTG 's-Gravenhage 25 oktober 2010, *LJN* YG0614
 RTG 's-Gravenhage 26 oktober 2010, *LJN* YG0619
 RTG Eindhoven 3 november 2010, *LJN* YG0635
 RTG Zwolle 4 november 2010, *LJN* YG0640
 RTG 's-Gravenhage 30 november 2010, *LJN* YG0705
 RTG 's-Gravenhage 21 december 2010, *LJN* YG0771
 RTG 's-Gravenhage 3 mei 2011, *LJN* YG1078
 RTG Groningen 19 juli 2011, *TvGr* 2011, 43, met nt. V.E.T. Dörenberg
 RTG Amsterdam 24 januari 2012, *GJ* 2012/45
 RTG Eindhoven 26 oktober 2011, *LJN* YG1457
 RTG 's-Gravenhage 7 februari 2012, *LJN* YG1786
 RTG Amsterdam 3 april 2012, *TvGr* 2012, 33, met nt. M.C. Ploem en A.C. Hendriks
 RTG Zwolle 24 mei 2012, *LJN* YG2051
 RTG 's-Gravenhage 7 augustus 2012, *LJN* YG2289
 RTG 's-Gravenhage 23 oktober 2012, *LJN* YG2372
 RTG 's-Gravenhage 23 oktober 2012, *LJN* YG2373
 RTG Amsterdam 30 oktober 2012, *LJN* YG2382

Hoofdstuk 4

EHRM 27 oktober 1993, *NJ* 1994, 534, met nt. H.J. Snijders
 EHRM 22 september 1994, zaaknr. 13616/88
 EHRM 18 maart 1997, *NJ* 1998, 278, met nt. H.J. Snijders
 EHRM 5 juli 2007, *NJ* 2010, 323, met nt. E.A. Alkema
 EHRM 10 juli 2007, zaaknr. 18223/04
 EHRM 28 april 2009, zaaknr. 32881/04
 EHRM 2 juni 2009, *EHRC* 2009, 96, met nt. E.H. Hulst
 EHRM 15 juni 2010, zaaknr. 34334/04
 EHRM 27 juli 2010, zaaknr. 15952/09
 EHRM 16 februari 2010, zaaknr. 7078/02
 EHRM 26 mei 2011, *EHRC* 2011, 109, met nt. A.C. Hendriks
 EHRM 7 juni 2011, zaaknr. 11385/05
 EHRM 8 november 2011, *EHRC* 2012, 18, met nt. A.C. Hendriks
 EHRM 12 juni 2012, zaaknr. 29518/10 (N.B./Slowakije).
 HvJEG 10 april 1984, zaaknr. 14/83
 HvJEG 13 november 1990, zaaknr. 106/89

International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), Appeals Chamber, 1 juni 2001, par. 63-71

HR 21 maart 1947, *NJ* 1947, 383

HR 14 april 1950, *NJ* 1951, 17, met nt. Ph.A.N. Houwing

HR 10 juni 1955, *NJ* 1955, 552, met nt. L.E.H. Rutten

HR 9 december 1955, *NJ* 1956, 157

HR 5 november 1965, *NJ* 1966, 136, met nt. G.J. Scholten

HR 25 maart 1966, *NJ* 1966, 279, met nt. G.J. Scholten

HR 2 december 1966, *NJ* 1967, 42

HR 9 december 1966, *NJ* 1967, 69, met nt. G.J. Scholten

HR 3 februari 1967, *NJ* 1968, 32, met nt. D.J. Veegens

HR 19 mei 1967, *NJ* 1967, 261, met nt. G.J. Scholten

HR 5 januari 1968, *NJ* 1968, 102, met nt. G.J. Scholten

HR 31 mei 1968, *NJ* 1968, 323

HR 13 december 1968, *NJ* 1969, 174, met nt. G.J. Scholten

HR 27 mei 1970, *NJ* 1972, 302

HR 20 februari 1976, *NJ* 1976, 486

HR 7 mei 1976, *NJ* 1977, 63, met nt. G.J. Scholten

HR 11 maart 1977, *NJ* 1977, 521

HR 6 april 1979, *NJ* 1980, 34, met nt. C.J.H. Brunner

HR 15 mei 1981, *NJ* 1981, 641, met nt. C.J.H. Brunner

HR 6 november 1981, *NJ* 1982, 567, met nt. C.J.H. Brunner

HR 18 december 1981, *NJ* 1982, 71

HR 16 april 1982, *NJ* 1982, 560

HR 28 januari 1983, *NJ* 1983, 481

HR 27 november 1984, *NJ* 1985, 106, met nt. Th.W. van Veen

HR 25 april 1986, *NJ* 1986, 714, met nt. W.C.L. van der Grinten

HR 17 oktober 1986, *NJ* 1987, 124

HR 21 oktober 1986, *NJ* 1987, 607, met nt. G.E. Mulder

HR 16 januari 1987, *NJ* 1987, 553, met nt. W.C.L. van der Grinten

HR 20 november 1987, *NJ* 1988, 500, met nt. W.L. Haardt

HR 1 juli 1988, *NJ* 1988, 1035

HR 6 januari 1989, *NJ* 1989, 283

HR 6 april 1990, *NJ* 1990, 573, met nt. P.A. Stein

HR 6 april 1990, *NJ* 1991, 689, met nt. C.J.H. Brunner

HR 11 mei 1990, *NJ* 1990, 530

HR 9 november 1990, *NJ* 1991, 26

HR 8 maart 1991, *NJ* 1991, 396

HR 25 oktober 1991, *NJ* 1992, 149, met nt. J.M.M. Maeijer

HR 8 juli 1992, *NJ* 1992, 713
HR 8 juli 1992, *NJ* 1992, 714
HR 19 februari 1993, *NJ* 1994, 290, met nt. C.J.H. Brunner
HR 18 mei 1993, *NJ* 1993, 691, met nt. A.C. 't Hart
HR 25 juni 1993, *NJ* 1993, 686, met nt. P.A. Stein
HR 18 februari 1994, *NJ* 1994, 368
HR 21 juni 1994, *NJ* 1994, 656, met nt. T.M. Schalken
HR 25 november 1994, *NJ* 1995, 154
HR 13 januari 1995, *NJ* 1997, 175, met nt. C.J.H. Brunner
HR 12 mei 1995, *NJ* 1996, 118, met nt. J. de Boer
HR 3 november 1995, *NJ* 1998, 380, met nt. C.J.H. Brunner
HR 5 december 1995, *NJ* 1996, 322, met nt. A.C. 't Hart
HR 10 januari 1997, *NJ* 1997, 360, met nt. J.M.M. Maeijer
HR 10 januari 1997, *NJ* 1998, 544, met nt. C.J.H. Brunner
HR 10 januari 1997, *NJ* 1999, 286, met nt. W.M. Kleijn
HR 13 januari 1997, *NJ* 1997, 175, met nt. C.J.H. Brunner
HR 21 februari 1997, *NJ* 1999, 145, met nt. C.J.H. Brunner
HR 31 oktober 1997, *NJ* 1998, 98
HR 28 november 1997, *NJ* 1998, 168
HR 12 december 1997, *NJ* 1998, 208
HR 15 december 1997, *NJ* 1998, 655
HR 9 januari 1998, *NJ* 1998, 586, met nt. M.M. Mendel
HR 9 januari 1998, *NJ* 1999, 413, met nt. H.J. Snijders
HR 5 februari 1998, *NJ* 1999, 478, met nt. H.J. Snijders
HR 6 februari 1998, *NJ* 1999, 478
HR 18 september 1998, *NJ* 1998, 818
HR 2 oktober 1998, *NJ* 1999, 683, met nt. J.B.M. Vranken
HR 9 januari 1999, *NJ* 1999, 413, met nt. H.J. Snijders
HR 16 april 1999, *NJ* 1999, 597, met nt. P. Clausing
HR 21 mei 1999, *NJ* 1999, 733, met nt. J. Hijma
HR 3 december 1999, *NJ* 2000, 235, met nt. P.A. Stein
HR 10 december 1999, *NJ* 2000, 637
HR 4 februari 2000, *NJ* 2002, 258
HR 12 mei 2000, *NJ* 2000, 440
HR 9 juni 2000, *LJN* AA6156
HR 8 september 2000, *NJ* 2000, 734, met nt. A.R. Bloembergen
HR 20 oktober 2000, *NJ* 2000, 700
HR 17 november 2000, *NJ* 2001, 10
HR 17 november 2000, *NJ* 2001, 596, met nt. W.D.H. Asser

HR 1 december 2000, *LJN* AA8724
HR 5 januari 2001, *NJ* 2001, 79
HR 2 maart 2001, *NJ* 2001, 649, met nt. F.C.B. van Wijmen en J.B.M. Vranken
HR 27 april 2001, *NJ* 2002, 54, met nt. C.J.H. Brunner
HR 11 mei 2001, *LJN* AB1564
HR 11 mei 2001, *NJ* 2001, 631, met nt. K.F. Haak
HR 11 mei 2001, *NJ* 2002, 364, met nt. J. Hijma
HR 15 juni 2001, *NJ* 2002, 336, met nt. C.J.H. Brunner
HR 7 september 2001, *NJ* 2001, 615
HR 19 oktober 2001, *NJ* 2001, 655
HR 23 november 2001, *NJ* 2002, 386
HR 23 november 2001, *NJ* 2002, 387, met nt. J.B.M. Vranken
HR 8 maart 2002, *NJ* 2003, 706, met nt. G.R.J. de Groot
HR 14 juni 2002, *NJ* 2002, 495, met nt. K.F. Haak
HR 9 augustus 2002, *NJ* 2010, 61, met nt. M.H. Wissink
HR 13 september 2002, *NJ* 2004, 18
HR 29 november 2002, *NJ* 2003, 549, met nt. J.B.M. Vranken
HR 24 december 2002, *NJ* 2003, 167, met nt. T.M. Schalken
HR 2 mei 2003, *NJ* 2003, 468
HR 12 september 2003, *NJ* 2005, 441
HR 10 oktober 2003, *NJ* 2005, 89, met nt. M.M. Mendel
HR 5 december 2003, *NJ* 2004, 74
HR 12 december 2003, *NJ* 2004, 117
HR 19 december 2003, *NJ* 2004, 584
HR 30 januari 2004, *NJ* 2004, 197
HR 19 maart 2004, *NJ* 2004, 307
HR 7 mei 2004, *NJ* 2006, 281, met nt. J. Hijma
HR 18 juni 2004, *NJ* 2004, 585
HR 9 juli 2004, *NJ* 2004, 256, met nt. H.J. Snijders
HR 9 juli 2004, *NJ* 2005, 78
HR 9 juli 2004, *NJ* 2005, 270, met nt. W.D.H. Asser
HR 8 oktober 2004, *NJ* 2005, 52
HR 8 oktober 2004, *NJ* 2006, 478, met nt. J. Hijma
HR 9 november 2004, *LJN* AP1493
HR 28 januari 2005, *LJN* AR6458
HR 28 januari 2005, *LJN* AR6459
HR 11 maart 2005, *LJN* AR6199
HR 18 maart 2005, *NJ* 2006, 606, met nt. J.B.M. Vranken
HR 1 april 2005, *NJ* 2006, 377, met nt. F.C.B. van Wijmen en H.J. Snijders

HR 13 januari 2006, *LJN* AU3256
HR 24 maart 2006, *NJ* 2009, 485, met nt. M.R. Mok
HR 28 maart 2006, *NJ* 2006, 509, met nt. Y. Buruma
HR 8 september 2006, *NJ* 2006, 493
HR 8 september 2006, *NJ* 2006, 494
HR 22 september 2006, *LJN* AX1576
HR 15 december 2006, *NJ* 2007, 203, met nt. M.R. Mok
HR 23 maart 2007, *NJ* 2007, 176
HR 30 maart 2007, *NJ* 2007, 189
HR 20 april 2007, *VR* 2007, 133, met nt. G.M. van Wassenaeer
HR 27 april 2007, *LJN* AZ6717
HR 15 juni 2007, *NJ* 2007, 335
HR 13 juli 2007, *LJN* BA4200
HR 19 oktober 2007, *LJN* B5172
HR 9 november 2007, *LJN* BA7557
HR 23 november 2007, *NJ* 2008, 552
HR 7 december 2007, *NJ* 2007, 644
HR 22 februari 2008, *NJ* 2010, 542
HR 22 februari 2008, *NJ* 2010, 543, met nt. J. Legemaate en C.J.M. Klaassen
HR 11 juli 2008, *NJ* 2008, 401
HR 15 mei 2009, *RvdW* 2009, 633
HR 30 oktober 2009, *LJN* BJ6020
HR 22 december 2009, *JBPr* 2010, 25, met nt. H.L.G. Wieten
HR 22 december 2009, *LJN* BK4471
HR 19 maart 2010, *LJN* BK8146
HR 16 april 2010, *LJN* BL2229
HR 11 juni 2010, *NJ* 2010, 331
HR 18 juni 2010, *LJN* BL9690
HR 8 oktober 2010, *NJ* 2010, 545
HR 8 oktober 2010, *NJ* 2011, 465, met. nt. T. Hartlief
HR 22 oktober 2010, *LJN* BN6121
HR 31 oktober 2010, *LJN* AL8168
HR 17 december 2010, *NJ* 2012, 155, met nt. T. Hartlief
HR 24 december 2010, *LJN* BO4579
HR 25 maart 2011, *LJN* BP8991
HR 29 april 2011, *LJN* BP9860
HR 8 juli 2011, *LJN* BQ3519
HR 9 december 2011, *LJN* BT2921
HR 30 november 2012, *LJN* BX7487

HR 8 februari 2013, *LJN* BX7195
HR 8 februari 2013, *LJN* BY4600
HR 8 februari 2013, *LJN* BX7846
HR 3 mei 2013, *LJN* BZ1468
Gerechtshof 's-Hertogenbosch 13 november 1928, *NJ* 1928, 1564
Gerechtshof Amsterdam 21 juni 1956, *NJ* 1957, 261
Gerechtshof 's-Hertogenbosch 27 oktober 1966, *NJ* 1967, 19
Gerechtshof 's-Hertogenbosch 13 december 1977, *TvGr* 1978, 49
Gerechtshof Amsterdam 7 maart 1985, te kennen uit HR 17 oktober 1986, *NJ* 1987, 124
Gerechtshof Amsterdam 7 januari 1988, *TvGr* 1989, 99
Gerechtshof 's-Hertogenbosch 17 mei 1988, *TvGr* 1990, 85
Gerechtshof Arnhem 12 juli 1988, *NJ* 1989, 761
Gerechtshof Amsterdam 28 april 1994, *TvGr* 1994, 61
Gerechtshof Amsterdam 11 mei 1995, *NJkort* 1995, 41
Gerechtshof Amsterdam 4 januari 1996, *NJ* 1997, 213
Gerechtshof 's-Hertogenbosch 18 maart 1996, *NJkort* 1996, 37
Gerechtshof Amsterdam 18 december 1997, *VR* 1998, 169
Gerechtshof 's-Gravenhage 25 maart 1998, *NJ* 1999, 500
Gerechtshof Amsterdam 6 augustus 1998, *VR* 1998, 183
Gerechtshof 's-Hertogenbosch 25 maart 1999, *VR* 1999, 181
Gerechtshof 's-Gravenhage 22 maart 2000, *VR* 2001, 143
Gerechtshof Arnhem 27 juni 2000, *VR* 2002, 112
Gerechtshof Amsterdam 5 april 2001, *VR* 2002, 93
Gerechtshof 's-Hertogenbosch 5 februari 2002, *VR* 2003, 139
Gerechtshof Leeuwarden 28 februari 2002, *LJN* AF5959
Gerechtshof Leeuwarden 28 februari 2002, *LJN* AF5968
Gerechtshof Leeuwarden, 28 augustus 2002, *LJN* AF5968
Gerechtshof 's-Gravenhage 10 oktober 2002, *NJ* 2003, 99
Gerechtshof Leeuwarden 20 november 2002, *LJN* AF0928
Gerechtshof Arnhem 13 januari 2004, *LJN* AP0214
Gerechtshof Leeuwarden 3 november 2004, *LJN* AR5199
Gerechtshof Amsterdam 4 november 2004, *TvGr* 2005, 9
Gerechtshof Leeuwarden 22 februari 2006, *LJN* AV2474
Gerechtshof Amsterdam 2 maart 2006, *LJN* AX3550
Gerechtshof Arnhem 4 april 2006, *LJN* AW1809
Gerechtshof 's-Gravenhage 11 juli 2006, *LJN* AY8855
Gerechtshof Amsterdam, 24 augustus 2006, *NP* 2006, 11
Gerechtshof Arnhem 12 september 2006, *LJN* AY9481
Gerechtshof Amsterdam 18 januari 2007, *NJF* 2007, 224

Gerechtshof Leeuwarden 28 februari 2007, *NJ* 2009, 199
 Gerechtshof Arnhem 6 maart 2007, *LJN* BA1317
 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 21 maart 2007, *LJN* BA1886
 Gerechtshof Arnhem 22 mei 2007, *LJN* BA5776
 Gerechtshof 's-Gravenhage 10 juli 2007, *LJN* BB2375
 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 28 augustus 2007, *LJN* BB2385
 Gerechtshof 's-Gravenhage 18 december 2007, *LJN* BC1132
 Gerechtshof Amsterdam 24 januari 2008, *LJN* BC9815
 Gerechtshof Arnhem 19 augustus 2008, *LJN* BE9077
 Gerechtshof Arnhem 23 september 2008, *JA* 2009, 29
 Gerechtshof 's-Gravenhage 23 september 2008, te kennen uit conclusie AG bij HR 22 december 2009, *LJN* BK4471
 Gerechtshof Amsterdam 30 september 2008, *LJN* BN5622
 Gerechtshof Leeuwarden 9 december 2008, *NJ* 2009, 200
 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 3 februari 2009, *LJN* BH8603
 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 10 maart 2009, *L&S* 2009, 112, met nt. A.J. Van
 Gerechtshof Amsterdam 24 maart 2009, zaaknr. 106.007.506/01
 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 31 maart 2009, *LJN* BI0044
 Gerechtshof 's-Gravenhage 28 april 2009, *LJN* BI4768
 Gerechtshof Leeuwarden 25 juni 2009, *JA* 2011, 3, met nt. L.G.J. Hendrix
 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 14 juli 2009, *L&S* 2009, 178, met nt. A. Vogelzang
 Gerechtshof 's-Gravenhage 29 september 2009, *L&S* 2010, 10, met nt. Y.R.K. Waterman
 Gerechtshof Amsterdam 16 maart 2010, *LJN* BM9228
 Gerechtshof 's-Gravenhage 15 juni 2010, *LJN* BN7432
 Gerechtshof Amsterdam 22 juni 2010, *JA* 2011, 1, met nt. R.W.M. Giard
 Gerechtshof Leeuwarden 22 juni 2010, *JA* 2011, 2
 Gerechtshof Leeuwarden 6 juli 2010, *L&S* 2010, 135
 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 20 juli 2010, *JA* 2010, 131, met nt. J. Simons
 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 2 november 2010, *LJN* BO3220
 Gerechtshof Amsterdam 24 mei 2011, *LJN* BQ7517
 Gerechtshof Amsterdam 2 augustus 2011, *LJN* BR4200
 Gerechtshof 's-Gravenhage 29 november 2011, *LJN* BU6817
 Gerechtshof Amsterdam 20 december 2011, *LJN* BU9425
 Gerechtshof Amsterdam 27 december 2011, *LJN* BU9560
 Gerechtshof 's-Gravenhage 18 september 2012, *JA* 2012, 212, met nt. J.P.M. Simons
 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 11 december 2012, *LJN* BY5921
 Gerechtshof Amsterdam 12 maart 2013, *LJN* BZ6703
 Rechtbank Arnhem 2 april 1936, *NJ* 1936, 683
 Rechtbank Maastricht 21 december 1939, *NJ* 1940, 1044

Rechtbank Roermond 23 april 1970, *NJ* 1970, 378
Rechtbank Amsterdam 8 april 1981, *TvGr* 1983, 18
Rechtbank Amsterdam 15 december 1983, te kennen uit HR 17 oktober 1986, *NJ* 1987, 124
Rechtbank Leeuwarden 1 maart 1984, *NJ* 1986, 334
Rechtbank Breda 30 juli 1985, *NJ* 1986, 32
Rechtbank Haarlem 25 februari 1986, *TvGr* 1987, 29
Rechtbank Leeuwarden 23 december 1987, *NJ* 1988, 981
Rechtbank Groningen 9 november 1990, *TvGr* 1992, 15
Rechtbank 's-Gravenhage 8 mei 1991, *NJ* 1993, 251
Rechtbank Zwolle 13 november 1991, *NJ* 1992, 740
Rechtbank Amsterdam 23 januari 1992, *KG* 1992, 62
Rechtbank 's-Hertogenbosch 13 augustus 1993, *NJ* 1994, 531
Rechtbank Breda 24 december 1993, *KG* 1994, 64
Rechtbank 's-Hertogenbosch 28 januari 1994, rolnr. 1769/92
Rechtbank 's-Gravenhage 16 juni 1994, *KG* 1994, 244
Rechtbank Zutphen 19 januari 1995, *Njkort* 1997, 44
Rechtbank Maastricht 15 februari 1996, te kennen uit HR 28 mei 1999, *NJ* 1999, 614
Rechtbank Haarlem 1 september 1998 en 2 november 1999, *L&S* 2000, nr. 2
Rechtbank Amsterdam 3 februari 1999, *NJ* 1999, 621
Rechtbank 's-Gravenhage 17 maart 1999, *NP* 2000, 9
Rechtbank Utrecht 12 oktober 1999, *LJN* AA3827
Rechtbank Utrecht 10 november 1999, *NP* 2000, 2
Rechtbank Amsterdam 16 december 1999, *NP* 2000, 2
Rechtbank Middelburg 23 februari 2000, *LJN* AA5605
Rechtbank 's-Gravenhage 12 juli 2000, *VR* 2001, 20
Rechtbank 's-Gravenhage 1 november 2000, zaaknr. 116210/HA ZA 99/0811
Rechtbank Arnhem 15 maart 2001, *Nemesis* 2002, 1416
Rechtbank Utrecht 18 april 2001, rolnr. 99/1086, opgenomen in de *Smartengeldgids* 2012, nr. 621
Rechtbank Zwolle 6 juni 2001, *LJN* AB2389
Rechtbank 's-Hertogenbosch 16 november 2001, *LJN* AD6137
Rechtbank 's-Hertogenbosch 21 september 2001, zaaknr. 30702/HA ZA 98-2415
Rechtbank Alkmaar 26 september 2002, *LJN* AE8549
Rechtbank Arnhem 3 oktober 2002, *LJN* AE9458
Rechtbank Zutphen 29 januari 2003, *LJN* AF4658
Rechtbank Arnhem 11 juni 2003, *Njkort* 2003, 86
Rechtbank Arnhem 11 juni 2003, *LJN* AG0130
Rechtbank Zwolle 9 juli 2003, *LJN* AH9534

Rechtbank Haarlem 7 januari 2004, *LJN* AO1558
 Rechtbank Alkmaar 11 februari 2004, *NJ* 2004, 205
 Rechtbank Arnhem 11 februari 2004, *LJN* AO5406
 Rechtbank Zwolle-Lelystad 14 juli 2004, *LJN* AR3130
 Rechtbank Arnhem 4 augustus 2004, *LJN* AR3576
 Rechtbank 's-Gravenhage 7 oktober 2004, *TvGr* 2005, 1
 Rechtbank 's-Hertogenbosch 10 november 2004, *LJN* BQ3245
 Rechtbank Utrecht 30 november 2004, *LJN* AR6673
 Rechtbank 's-Hertogenbosch 1 december 2004, *LJN* BQ3280
 Rechtbank Zwolle-Lelystad 16 februari 2005, *LJN* AS9828
 Rechtbank Arnhem 23 februari 2005, *LJN* AT2447
 Rechtbank Arnhem 2 maart 2005, *LJN* AT2943
 Rechtbank Arnhem 23 maart 2005, *LJN* AT4497
 Rechtbank 's-Hertogenbosch 15 juni 2005, *JBPr* 2005, 75, met nt. J.S. Kortmann
 Rechtbank 's-Hertogenbosch 15 juni 2005, *LJN* AT7382
 Rechtbank Amsterdam 22 juni 2005, *LJN* AT9554
 Rechtbank 's-Hertogenbosch 25 juni 2005, *LJN* BQ3252
 Rechtbank Dordrecht 22 september 2005, *LJN* AU3206
 Rechtbank Rotterdam 8 februari 2006, *LJN* AX2193
 Rechtbank Arnhem 22 maart 2006, *LJN* AW2865
 Rechtbank Maastricht 22 maart 2006, *LJN* AV7273
 Rechtbank Arnhem 17 mei 2006, zaaknr. 123017/HA ZA 05-179
 Rechtbank Zwolle-Lelystad 17 mei 2006, *LJN* BA8548
 Rechtbank Alkmaar 24 mei 2006, *LJN* AX4831
 Rechtbank Utrecht 31 mei 2006, zaaknr. 200393/ HA ZA 05-1808
 Rechtbank 's-Gravenhage 28 juni 2006, *L&S* 2006, 66
 Rechtbank Breda 6 september 2006, *JA* 2006, 144
 Rechtbank Rotterdam 11 oktober 2006, zaaknr. 100586/HA ZA 98-1894
 Rechtbank Utrecht 22 november 2006, *L&S* 2006, 261
 Rechtbank Utrecht 10 januari 2007, *LJN* AZ6197
 Rechtbank Amsterdam 17 januari 2007, *LJN* BA1011
 Rechtbank Groningen 14 februari 2007, *LJN* BA7177
 Rechtbank 's-Hertogenbosch 28 februari 2007, *LJN* BQ3259
 Rechtbank 's-Hertogenbosch 21 maart 2007, *LJN* BA1886
 Rechtbank Assen 18 april 2007, *LJN* BA3939
 Rechtbank Amsterdam 16 mei 2007, *LJN* BA6824
 Rechtbank 's-Hertogenbosch 1 augustus 2007, *LJN* BQ3276
 Rechtbank Utrecht 8 augustus 2007, *LJN* BB1420
 Rechtbank Amsterdam 29 augustus 2007, *LJN* BB4557

Rechtbank Maastricht 19 september 2007, *LJN* BB3949
Rechtbank Zwolle-Lelystad 7 november 2007, *JA* 2008, 24
Rechtbank Rotterdam 28 november 2007, *LJN* BD7445
Rechtbank 's-Gravenhage 10 december 2007, *LJN* BD0495
Rechtbank Arnhem 12 december 2007, *LJN* BC0644
Rechtbank Zwolle-Lelystad 20 december 2007, *LJN* BC1286
Rechtbank Amsterdam 6 maart 2008, *NP* 2008, 4
Rechtbank Haarlem 2 april 2008, *LJN* BD5689
Rechtbank Arnhem 26 juni 2008, *NP* 2008, 7
Rechtbank Zutphen 24 juli 2008, *LJN* BD8981
Rechtbank Rotterdam 30 juli 2008, *LJN* BD9572
Rechtbank Amsterdam 25 september 2008, *LJN* BH2346
Rechtbank Arnhem 30 oktober 2008, zaaknr. 1723S8/HA RK 08-1999
Rechtbank Amsterdam 6 november 2008, zaaknr. 401107/HA RK 08-364
Rechtbank Rotterdam 2 december 2008, *LJN* BG6738
Rechtbank 's-Gravenhage 31 december 2008, *LJN* BG9127
Rechtbank Amsterdam 7 januari 2009, *LJN* BH1287
Rechtbank Amsterdam 15 januari 2009, *JA* 2009, 92
Rechtbank Haarlem 27 maart 2009, *LJN* BH8658
Rechtbank Amsterdam 7 mei 2009, zaaknr. 411386/ HA RK 08-744
Rechtbank Arnhem 27 mei 2009, *LJN* BI5026
Rechtbank Groningen 4 juni 2009, *LJN* BM1623
Rechtbank Rotterdam 10 juni 2009, *LJN* BI9931
Rechtbank Zutphen 10 juni 2009, *LJN* BI7404
Rechtbank 's-Gravenhage 6 oktober 2009, *LJN* BK0176
Rechtbank Utrecht 28 oktober 2009, *LJN* BK1546
Rechtbank Zwolle-Lelystad 25 november 2009, *LJN* BL3705
Rechtbank 's-Gravenhage 13 januari 2010, *LJN* BL0676
Rechtbank Arnhem 3 februari 2010, *LJN* BL4385
Rechtbank Rotterdam 15 februari 2010, *LJN* BL7560
Rechtbank Alkmaar 17 februari 2010, *JA* 2010, 55, met nt. G. de Groot
Rechtbank 's-Gravenhage 25 februari 2010, *LJN* BL5626
Rechtbank Rotterdam 17 maart 2010, *LJN* BL8825
Rechtbank Dordrecht 31 maart 2010, *LJN* BM0264
Rechtbank Rotterdam 14 april 2010 *LJN* BN7297
Rechtbank Assen 29 juni 2010, *LJN* BN1335
Rechtbank Rotterdam 30 juni 2010, *L&S* 2010, 134
Rechtbank Amsterdam 14 juli 2010, *LJN* BO3288
Rechtbank 's-Hertogenbosch 21 juli 2010, *L&S* 2011, 125

Rechtbank Arnhem 28 juli 2010, *LJN* BN3376
Rechtbank Amsterdam 11 augustus 2010, *LJN* BP0743
Rechtbank Utrecht 25 augustus 2010, *LJN* BN7740
Rechtbank Groningen 11 november 2010, *LJN* BO6176
Rechtbank Rotterdam 24 november 2010, *LJN* BO7879
Rechtbank Utrecht 8 december 2010, *LJN* BO6888
Rechtbank 's-Gravenhage 22 december 2010, *LJN* BO9396
Rechtbank Utrecht 27 december 2010, *LJN* BP3878
Rechtbank Breda 3 januari 2011, *LJN* BO9631
Rechtbank Rotterdam 12 januari 2011, *LJN* BP5713
Rechtbank Dordrecht 19 januari 2011, *LJN* BP1520
Rechtbank Amsterdam 20 januari 2011, *LJN* BQ1537
Rechtbank Amsterdam 9 februari 2011, *LJN* BP4341
Rechtbank Breda 16 februari 2011, *LJN* BP5717
Rechtbank Arnhem 2 maart 2011, *LJN* BP6939
Rechtbank Rotterdam 2 maart 2011, *LJN* BP9372
Rechtbank Zwolle 2 maart 2011, *LJN* BQ0981
Rechtbank Amsterdam 9 maart 2011, *LJN* BQ1743
Rechtbank Leeuwarden 16 maart 2011, *L&S* 2011, 240
Rechtbank Rotterdam 16 maart 2011, *LJN* BQ7053
Rechtbank Rotterdam 17 maart 2011, *LJN* BP8090
Rechtbank Rotterdam 8 april 2011, *LJN* BQ1679
Rechtbank Zutphen 6 juli 2011, *JA* 2011, 174
Rechtbank Arnhem 20 oktober 2011, *LJN* BU4405
Rechtbank Rotterdam 23 november 2011, *LJN* BU9541
Rechtbank Amsterdam 7 december 2011, *JA* 2012, 54
Rechtbank Arnhem 14 december 2011, *JA* 2012, 55
Rechtbank 's-Gravenhage 15 februari 2012, *LJN* BV6803
Rechtbank Amsterdam, 29 maart 2012, *LJN* BW6420
Rechtbank Amsterdam 13 juni 2012, *LJN* BX1494
Rechtbank Leeuwarden 29 juni 2012, *LJN* BX1296
Rechtbank Maastricht 5 september 2012, *LJN* BY3180
Rechtbank Arnhem 28 november 2012, *LJN* BY6606
Rechtbank Utrecht 19 december 2012, *LJN* BY7764
Rechtbank Amsterdam 9 januari 2013, *LJN* BZ5540
Rechtbank Noord-Nederland 23 januari 2013, *JA* 2013, 46
Rechtbank Rotterdam 23 januari 2013, *LJN* BZ2365
Rechtbank 's-Gravenhage 29 mei 2013, *LJN* CA2475
Gerecht in Eerste Aanleg Curaçao 15 januari 1973, *NJ* 1973, 314

CMT 24 maart 1992, *TvGr* 1992, 57
CTG 7 juni 2001, *TvGr* 2001, 61
CTG 17 november 2005, zaaknr. 2004/070
CTG 4 september 2007, zaaknr. 2006/147
CTG 1 april 2008, *GJ* 2008, 83, met nt. A.J.G.M. Janssen
CTG 11 november 2008, zaaknr. 2007/328
CTG 27 januari 2009, *MC* 23 april 2009, nr. 17
CTG 7 april 2009, zaaknr. 2008/123
CTG 12 mei 2009, zaaknr. 2008/157
CTG 1 september 2009, zaaknr. 2008/015
CTG 12 januari 2010, zaaknr. 2008/266
CTG 6 januari 2011, *LJN* YG0812
CTG 5 juli 2011, *LJN* YG1331
CTG 15 december 2011, *LJN* YG1623
CTG 15 december 2011, *LJN* YG1628
CTG 17 april 2012, *TvGr* 2012, 25
MT 's-Gravenhage 2 november 1983, *TvGr* 1984, 253
RTG 's-Gravenhage 6 juli 2004, *TvGr* 2004, 60
RTG Zwolle 23 augustus 2007, zaaknr. 189/2006
RTG Zwolle 28 mei 2009, zaaknr. 143/2008
RTG Amsterdam 9 maart 2010, *LJN* YG0125
RTG Amsterdam 6 april 2010, *LJN* YG0367
RTG Eindhoven 9 juni 2010, *LJN* YG0353
RTG 's-Gravenhage 9 november 2010, *LJN* YG0650
RTG 's-Gravenhage 9 november 2010, *LJN* YG0651
RTG Zwolle 6 januari 2011, *LJN* YG0810
RTG Zwolle 6 januari 2011, *LJN* YG0806
Geschillencommissie Ziekenhuizen 2 april 1997, zaaknr. ZIN96-0006
Geschillencommissie Ziekenhuizen 15 mei 2006, *TvCR* 2007, p. 91
CRvB 26 februari 2004, *LJN* AO5623
CRvB 18 juni 2004, *LJN* AO2302
CRvB 29 september 2005, *LJN* AU3861
CRvB 24 september 2008, *LJN* BF4838
CBB 29 oktober 2002, *LJN* AF0490
CBB 30 januari 2003, *LJN* AF4791
CBB 8 februari 2011, *LJN* BP4845
CBB 25 februari 2011, *LJN* BP6994

Hoofdstuk 5

HvJEG 5 februari 1963, zaaknr. 26/62
HvJEG 15 juli 1964, zaaknr. 6/64
HvJEG 16 juni 1966, zaaknr. 57/65
HvJEG 19 januari 1982, zaaknr. 8/81
HvJEG 10 april 1984, zaaknr. 14/83
HvJEG 26 februari 1986, zaaknr. 152/84
HvJEG 15 mei 1986, zaaknr. 222/84
HvJEG 8 oktober 1987, *NJ* 1988, 1029
HvJEG 15 mei 1990, zaaknr. 365/88
HvJEG 13 november 1990, zaaknr. 106/89
HvJEG 29 mei 1997, *NJ* 1998, 522
HvJEG 10 mei 2001, *VR* 2001, 111
HvJEG 25 april 2002, zaaknr. 52/00
HvJEG 25 april 2002, zaaknr. 154/00
HVJEG 25 april 2002, zaaknr. 183/00
HvJEG 10 januari 2006, *NJ* 2006, 286 met nt. M.R. Mok
HvJEG 9 februari 2006, *NJ* 2006, 401, met nt. M.R. Mok
HvJEG 14 maart 2006, *NJ* 2006, 465 met nt. M.R. Mok
HvJEG 5 juli 2007, zaaknr. 327/05
HvJEU 16 juli 2009, *NJ* 2011, 349, met nt. T.M. de Boer
HvJEU 2 december 2009, *NJ* 2010, 210, met nt. M.R. Mok
HvJEU 21 december 201, zaaknr. 495/10
HR 5 november 1965, *NJ* 1966, 136, met nt. G.J. Scholten
HR 25 maart 1966, *NJ* 1966, 279, met nt. G.J. Scholten
HR 2 februari 1973, *NJ* 1973, 315
HR 30 juni 1989, *NJ* 1990, 652, met nt. C.J.H. Brunner
HR 9 oktober 1992, *NJ* 1994, 535, met nt. C.J.H. Brunner
HR 25 juni 1993, *NJ* 1993, 686, met nt. P.A. Stein
HR 1 oktober 1993, *NJ* 1995, 182, met nt. C.J.H. Brunner
HR 24 december 1993, *NJ* 1994, 214
HR 13 januari 1995, *NJ* 1997, 366, met nt. C.J.H. Brunner
HR 6 december 1996, *NJ* 1997, 219
HR 21 februari 1997, *NJ* 1999, 145, met nt. C.J.H. Brunner
HR 9 januari 1999, *NJ* 1999, 413, met nt. H.J. Snijders
HR 28 mei 1999, *NJ* 1999, 614
HR 22 oktober 1999, *NJ* 2000, 159
HR 19 januari 2001, *NJ* 2001, 524
HR 8 maart 2002, *NJ* 2003, 706, met nt. G.R.J. de Groot
HR 29 november 2002, *NJ* 2004, 304, met nt. W.D.H. Asser

HR 29 november 2002, *NJ* 2004, 305, met nt. W.D.H. Asser
HR 2 mei 2003, *NJ* 2003, 468
HR 9 mei 2003, *NJ* 2005, 168, met nt. W.D.H. Asser
HR 19 december 2003, *NJ* 2004, 348
HR 19 maart 2004, *NJ* 2004, 307
HR 9 april 2004, *NJ* 2004, 308
HR 28 mei 2004, *NJ* 2005, 105, met nt. C.J.H. Brunner
HR 9 juli 2004, *NJ* 2005, 78
HR 28 januari 2005, *LJN* AR6458
HR 8 april 2005, *NJ* 2005, 284
HR 11 november 2005, *JA* 2006, 11, met nt. W.H. van Boom
HR 24 maart 2006, *NJ* 2009, 485, met nt. M.R. Mok
HR 22 september 2006, *LJN* AX1576
HR 4 april 2008, *NJ* 2008, 202
HR 19 december 2008, *NJ* 2009, 28
HR 22 december 2009, *JBPr* 2010, 25, met nt. H.L.G. Wieten
HR 9 april 2010, *LJN* BK4547
HR 9 april 2010, *LJN* BK4549
HR 24 december 2010, *LJN* BO4579
HR 4 februari 2011, *NJ* 2011, 69
HR 29 april 2011, *LJN* BP9860
Gerechtshof Arnhem 7 juli 1987, *TvC* 1987, 272
Gerechtshof Amsterdam 7 januari 1988, *TvGr* 1989, 99
Gerechtshof Leeuwarden 18 maart 1998, *NJ* 1998, 867
Gerechtshof Arnhem 27 juni 2000, *VR* 2002, 112
Gerechtshof Leeuwarden 28 augustus 2002, *LJN* AF5959
Gerechtshof Leeuwarden 19 maart 2003, *LJN* AF5974
Gerechtshof Arnhem 14 oktober 2003, *LJN* AM2330
Gerechtshof 's-Hertogenbosch 14 december 2004, te kennen uit HR 9 juni 2006, *LJN* AX2047
Gerechtshof Amsterdam 25 januari 2007, *LJN* AZ7033
Gerechtshof 's-Hertogenbosch 15 mei 2007, *LJN* BA6838
Gerechtshof 's-Hertogenbosch 28 augustus 2007, *LJN* BB2385
Gerechtshof 's-Gravenhage 20 december 2007, *LJN* BC0619
Gerechtshof Amsterdam 24 januari 2008, *LJN* BC9815
Gerechtshof Arnhem 23 september 2008, *LJN* BF3594
Gerechtshof 's-Hertogenbosch 10 maart 2009, *LeS* 2009, 112, met nt. A.J. Van
Gerechtshof 's-Gravenhage 28 april 2009, *LJN* BI4768
Gerechtshof Amsterdam 29 april 2009, *LJN* BI2717

Gerechtshof Amsterdam 29 mei 2009, *LJN* BI5744
 Gerechtshof Amsterdam 15 juli 2009, *LJN* BJ2691
 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 1 september 2009, *JA* 2010, 7, met nt. I. van der Zalm
 Gerechtshof Amsterdam 11 januari 2011, *LJN* BP3548
 Gerechtshof Leeuwarden 8 februari 2011, *JA* 2011, 87
 Gerechtshof Leeuwarden 5 april 2011, *LJN* BQ1826
 Gerechtshof 's-Gravenhage 18 september 2012, *JA* 2012, 212, met nt. J.P.M. Simons
 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 4 juni 2013, *LJN* CA2114
 Rechtbank Arnhem 28 juni 1984, te kennen uit HR 30 juni 1989, *NJ* 1990, 652, met nt. C.J.H. Brunner
 Rechtbank Rotterdam 12 december 1986, *NJ* 1988, 62
 Rechtbank Maastricht 15 februari 1996, te kennen uit HR 28 mei 1999, *NJ* 1999, 614
 Rechtbank Arnhem 30 januari 1997, *NJkort* 1997, 20
 Rechtbank Amsterdam, 9 juli 1997, rolnr. H 95.0601
 Rechtbank Amsterdam 3 februari 1999, *NJ* 1999, 621
 Rechtbank 's-Hertogenbosch 16 november 2001, *LJN* AD6137
 Rechtbank Maastricht 21 maart 2002, *LJN* AE0776
 Rechtbank Zwolle 24 april 2002, *LJN* AE3577
 Rechtbank Alkmaar 11 februari 2004, *NJ* 2004, 205
 Rechtbank Amsterdam 8 juni 2005, *LJN* AT9555
 Rechtbank 's-Hertogenbosch 15 juni 2005, *JBPr* 2005, 75, met nt. J.S. Kortmann
 Rechtbank 's-Hertogenbosch 15 juni 2005, *LJN* AT7382
 Rechtbank Middelburg 13 juli 2005, *JA* 2005, 104
 Rechtbank 's-Gravenhage 7 september 2005, *LJN* AU2088
 Rechtbank 's-Gravenhage 7 september 2005, *LJN* AU2091
 Rechtbank Rotterdam 8 februari 2006, *LJN* AX2193
 Rechtbank Leeuwarden 24 januari 2007, *LJN* AZ7289
 Rechtbank Zutphen 7 februari 2007, *LJN* BA5773
 Rechtbank Breda 19 december 2007, *LJN* BC8144
 Rechtbank Dordrecht 23 april 2008, *LJN* BD0513
 Rechtbank Arnhem 25 juni 2008, *LJN* BD6338
 Rechtbank Amsterdam 17 december 2008, *NJ* 2009, 311
 Rechtbank Haarlem 27 maart 2009, *LJN* BH8658
 Rechtbank Haarlem 11 november 2009, *LJN* BK3267
 Rechtbank Haarlem 11 november 2009, *LJN* BK3259
 Rechtbank Arnhem 20 januari 2010, *LJN* BL2340
 Rechtbank 's-Hertogenbosch 21 juli 2010, *L&S* 2011, 125
 Rechtbank Haarlem 20 juli 2011, *LJN* BR3926
 Rechtbank Zutphen 12 september 2012, *LJN* BX9439

Rechtbank Utrecht 5 december 2012, *LJN* BY7842

Gerecht in Eerste Aanleg Curaçao 15 januari 1973, *NJ* 1973, 314

Hoofdstuk 6

EHRM 29 april 2002, *European Journal of Health Law* 202, p. 263-279

EHRM 16 juni 2005, *EHRC* 2005, 82, met nt. J. van der Velde

EHRM 5 oktober 2006, *EHRC* 2007, 23, met nt. A.C. Hendriks

EHRM 20 maart 2007, *EHRC* 2007, 70, met nt. H.L. Janssen

EHRM 15 januari 2009, *NJ* 2009, 52, met nt. E.J. Dommering

EHRM 2 juni 2009, *EHRC* 2009, 96, met nt. E.H. Hulst

EHRM 20 januari 2011, *EHRC* 2011, 53, met nt. G. den Hartogh

EHRM 26 mei 2011, *EHRC* 2011, 109, met nt. A.C. Hendriks

EHRM 8 november 2011, *EHRC* 2012, 18, met nt. A.C. Hendriks

EHRM 12 juni 2012, zaaknr. 29518/10

EHRM 18 december 2012, *EHRC* 2013, 78, met nt. J.M. Emaus

EHRM 15 januari 2013, *EHRC* 2013, 81, met nt. A.C. Hendriks

HR 4 november 1955, *NJ* 1956, 1, met nt. L.E.H. Rutten

HR 20 maart 1959, *NJ* 1959, 181, met nt. L.E.H. Rutten

HR 5 mei 1961, *NJ* 1961, 421

HR 4 maart 1966, *NJ* 1966, 268, met nt. G.J. Scholten

HR 13 januari 1970, *NJ* 1970, 144

HR 20 maart 1970, *NJ* 1970, 251, met nt. G.J. Scholten

HR 18 december 1970, *NJ* 1971, 142

HR 9 juni 1972, *NJ* 1972, 360, met nt. G.J. Scholten

HR 16 maart 1973, *NJ* 1973, 407

HR 21 juni 1974, *NJ* 1974, 453, met nt. G.J. Scholten

HR 1 november 1974, *NJ* 1975, 454

HR 21 maart 1975, *NJ* 1975, 372, met nt. G.J. Scholten

HR 13 juni 1975, *NJ* 1975, 509, met nt. G.J. Scholten

HR 27 juni 1975, *NJ* 1976, 81

HR 21 januari 1977, *NJ* 1977, 386, met nt. A.R. Bloembergen

HR 1 juli 1977, *NJ* 1978, 84, met nt. G.J. Scholten

HR 4 november 1977, *NJ* 1978, 146, met nt. G.J. Scholten

HR 9 juni 1978, *NJ* 1978, 583

HR 30 juni 1978, *NJ* 1978, 685, met nt. G.J. Scholten

HR 2 november 1979, *NJ* 1980, 77, met nt. G.J. Scholten en *VR* 1983, 64, met nt. A.J.O. van Wassenauer van Catwijck

HR 23 december 1980, *NJ* 1981, 534

HR 13 februari 1981, *NJ* 1981, 456, met nt. C.J.H. Brunner

HR 25 september 1981, *NJ* 1982, 255
HR 25 maart 1983, *NJ* 1984, 629, met nt. C.J.H. Brunner
HR 8 februari 1985, *NJ* 1986, 136, met nt. C.J.H. Brunner
HR 8 februari 1985, *NJ* 1986, 137, met nt. C.J.H. Brunner
HR 12 april 1985, *NJ* 1986, 809, met nt. C.H.J. Brunner
HR 18 april 1986, *NJ* 1986, 567, met nt. W.C.L. van der Grinten
HR 31 mei 1986, *NJ* 1986, 690, met nt. C.J.H. Brunner
HR 6 februari 1987, *NJ* 1988, 57
HR 20 februari 1987, *NJ* 1987, 483, met nt. C.J.H. Brunner
HR 3 april 1987, *NJ* 1988, 275, met nt. C.J.H. Brunner
HR 23 september 1988, *NJ* 1989, 743, met nt. J.H. Nieuwenhuis
HR 1 november 1988, *NJ* 1990, 572
HR 4 november 1988, *NJ* 1989, 751, met nt. C.J.H. Brunner
HR 23 juni 1989, *NJ* 1990, 441
HR 30 juni 1989, *NJ* 1990, 652, met nt. C.J.H. Brunner
HR 17 november 1989, *NJ* 1990, 572
HR 8 december 1989, *NJ* 1990, 778, met nt. C.J.H. Brunner
HR 2 februari 1990, *NJ* 1991, 292, met nt. C.J.H. Brunner
HR 1 juni 1990, *NJ* 1991, 720, met nt. C.J.H. Brunner
HR 28 september 1990, *NJ* 1991, 473
HR 2 november 1990, *NJ* 1991, 24
HR 16 november 1990, *NJ* 1991, 55
HR 22 maart 1991, *NJ* 1991, 420
HR 31 mei 1991, *NJ* 1991, 721, met nt. C.J.H. Brunner
HR 28 februari 1992, *NJ* 1993, 566
HR 20 maart 1992, *NJ* 1993, 547, met nt. C.J.H. Brunner
HR 25 september 1992, *NJ* 1992, 751
HR 9 oktober 1992, *NJ* 1994, 535, met nt. C.J.H. Brunner
HR 25 juni 1993, *NJ* 1993, 686, met nt. P.A. Stein
HR 1 juli 1993, *NJ* 1993, 667, met nt. P.A. Stein
HR 24 december 1993, *NJ* 1995, 236, met nt. C.J.H. Brunner
HR 21 oktober 1994, *NJ* 1995, 95
HR 13 januari 1995, *NJ* 1997, 175, met nt. C.J.H. Brunner
HR 9 juni 1995, *NJ* 1995, 630
HR 26 januari 1996, *NJ* 1996, 607, met nt. W.M. Kleijn
HR 6 december 1996, *NJ* 1997, 398
HR 21 februari 1997, *NJ* 1999, 145, met nt. C.J.H. Brunner
HR 5 december 1997, *NJ* 1998, 400
HR 5 december 1997, *NJ* 1998, 402, met nt. J. Hijma

HR 29 mei 1998, *NJ* 1998, 641
HR 9 januari 1999, *NJ* 1999, 413
HR 10 december 1999, *NJ* 2000, 211, met nt. P.A. Stein
HR 24 december 1999, *NJ* 2000, 351, met nt. C.J.H. Brunner
HR 24 december 1999, *NJ* 2000, 428
HR 4 februari 2000, *NJ* 2000, 600, met nt. M.M. Mendel
HR 1 december 2000, *TvGr* 2001, 47
HR 19 januari 2001, *NJ* 2001, 524
HR 2 maart 2001, *NJ* 2001, 649, met nt. J.B.M. Vranken
HR 27 april 2001, *NJ* 2002, 54
HR 4 mei 2001, *NJ* 2001, 214, met nt. C.J.H. Brunner
HR 7 september 2001, *NJ* 2001, 615
HR 5 oktober 2001, *NJ* 2001, 632
HR 23 november 2001, *NJ* 2002, 386
HR 23 november 2001, *NJ* 2002, 387, met nt. J.B.M. Vranken
HR 7 december 2001, *NJ* 2002, 576, met nt. J.B.M. Vranken
HR 8 augustus 2002, *NJ* 2010, 61, met nt. M.H. Wissink
HR 29 november 2002, *NJ* 2004, 304, met nt. W.D.H. Asser
HR 29 november 2002, *NJ* 2004, 305, met nt. W.D.H. Asser
HR 31 januari 2003, *NJ* 2003, 346, met nt. J.B.M. Vranken
HR 9 mei 2003, *NJ* 2005, 168, met nt. W.D.H. Asser
HR 30 september 2003, *NJ* 2005, 69, met nt. G. Knigge
HR 19 december 2003, *NJ* 2004, 348
HR 19 maart 2004, *NJ* 2004, 307, met nt. W.D.H. Asser
HR 9 april 2004, *NJ* 2004, 308
HR 18 maart 2005, *NJ* 2006, 606, met nt. J.B.M. Vranken
HR 1 april 2005, *TvGr* 2005, 19
HR 8 april 2005, *NJ* 2005, 284
HR 3 juni 2005, *NJ* 2005, 286
HR 14 oktober 2005, *NJ* 2005, 539
HR 25 november 2005, *NJ* 2007, 141, met nt. C.J.H. Brunner
HR 2 december 2005, *NJ* 2006, 444, met nt. J.B.M. Vranken
HR 13 januari 2006, *NJ* 2006, 59
HR 31 maart 2006, *NJ* 2011, 250, met nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai.
HR 29 september 2006, *VR* 2007, 37
HR 2 februari 2007, *NJ* 2007, 92
HR 30 maart 2007, *NJ* 2008, 64, met nt. T. Hartlief
HR 20 april 2007, *VR* 2007, 133, met nt. G.M. van Wassenauer
HR 15 juni 2007, *NJ* 2007, 335

HR 21 september 2007, *NJ* 2008, 241, met nt. J.B.M. Vranken
 HR 7 december 2007, *NJ* 2007, 644
 HR 25 april 2008, *NJ* 2008, 262
 HR 19 december 2008, *NJ* 2009, 28
 HR 9 december 2009, *JA* 2010, 80
 HR 11 december 2009, *NJ* 2010, 3
 HR 18 december 2009, *NJ* 2012, 614
 HR 9 april 2010, *LJN* BK4547
 HR 9 april 2010, *LJN* BK4549
 HR 23 april 2010, *L&S* 2010, 183, met nt. mr. H. van Ommen en *JA* 2010, 97, met nt. L.G.J. Hendrix
 HR 11 juni 2010, *NJ* 2010, 333
 HR 8 oktober 2010, *NJ* 2011, 465, met nt. T. Hartlief
 HR 7 december 2010, *RvdW* 2010, 1058
 HR 24 december 2010, *LJN* BO5207
 HR 24 december 2010, *NJ* 2011, 251, met nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai
 HR 25 maart 2011, *NJ* 2011, 139
 HR 29 april 2011, *NJ* 2011, 191
 HR 23 december 2011, *NJ* 2012, 377, met nt. P. van Schilfgaarde
 HR 23 november 2012, *JA* 2013, 3, met nt. J.P.M. Simons
 HR 14 december 2012, *LJN* BX8349
 HR 21 december 2012, *JA* 2013, 41, met nt. C.H. van Dijk en A.J. Akkermans
 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 17 mei 1983, *NJ* 1984, 40
 Gerechtshof Amsterdam 4 april 1985, *TvGr* 1986, 54
 Gerechtshof Amsterdam 13 juni 1985, *TvGr* 1986, 38
 Gerechtshof 's-Gravenhage 7 januari 1988, *VR* 1990, 80, met nt. A.J.O. van Wassenauer van Catwijck
 Gerechtshof Amsterdam 19 februari 1998, *TvGr* 1998, 48
 Gerechtshof Amsterdam 22 november 1990, te kennen uit HR 9 oktober 1992, *NJ* 1994, 535, met nt. C.J.H. Brunner
 Gerechtshof Arnhem 10 juli 1990, *TvGr* 1993, 65
 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 19 november 1990, *NJ* 1991, 774
 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 5 oktober 1992, te kennen uit HR 18 februari 1994, *NJ* 1994, 368
 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 26 juni 1995, *NJ* 1997, 239
 Gerechtshof Leeuwarden 27 september 1995, te kennen uit HR 21 februari 1997, *NJ* 1999, 145, met nt. C.J.H. Brunner
 Gerechtshof Amsterdam 4 januari 1996, *NJ* 1997, 213
 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 18 maart 1996, *NJ*kort 1996, 37

Gerechtshof Amsterdam 19 februari 1998, *TvGr* 1998, 48
Gerechtshof Amsterdam 4 maart 1999, *NJ*kort 1999, 42
Gerechtshof Arnhem 13 april 1999, *NP* 1999, 6
Gerechtshof Arnhem 14 december 1999, *VR* 2001, 19, met nt. A.J. Akkermans
Gerechtshof Arnhem 27 juni 2000, *VR* 2002, 112
Gerechtshof Leeuwarden 8 augustus 2001, *NJ* 2002, 209
Gerechtshof Leeuwarden 17 oktober 2001, *NP* 2001, 11
Gerechtshof 's-Gravenhage, 10 oktober 2002, *NJ* 2003, 99
Gerechtshof Arnhem 14 oktober 2003, *LJN* AM2330
Gerechtshof Arnhem 7 juni 2005, *LJN* AT7054
Gerechtshof Arnhem 17 januari 2006, *LJN* AU9962
Gerechtshof Leeuwarden 22 februari 2006, *LJN* AV2474
Gerechtshof Amsterdam 2 maart 2006, *LJN* AX3550
Gerechtshof Arnhem 25 april 2006, *L&S* 2010, 182, met nt. H. van Ommen
Gerechtshof Amsterdam 18 januari 2007, te kennen uit HR 16 april 2010, *LJN* BL2229
Gerechtshof Arnhem 22 mei 2007, *L&S* 2007, 171
Gerechtshof 's-Gravenhage 10 juli 2007, *LJN* BB2375
Gerechtshof 's-Hertogenbosch 28 augustus 2007, *LJN* BB2385
Gerechtshof 's-Gravenhage 18 december 2007, *LJN* BC1132
Gerechtshof Leeuwarden 19 december 2007, *LJN* BC1632
Gerechtshof 's-Gravenhage 20 december 2007, *LJN* BC0619
Gerechtshof Amsterdam 24 januari 2008, *LJN* BC9815
Gerechtshof Leeuwarden 14 mei 2008, *LJN* BD2421
Gerechtshof Leeuwarden 9 september 2008, *LJN* BF0722
Gerechtshof Amsterdam 30 september 2008, te kennen uit HR 16 april 2010, *LJN* BL2229
Gerechtshof Leeuwarden 13 januari 2009, *LJN* BH2762
Gerechtshof Amsterdam 20 januari 2009, *LJN* BI2105
Gerechtshof 's-Hertogenbosch 10 maart 2009, *L&S* 2009, 112, met nt. A.J. Van
Gerechtshof 's-Gravenhage 28 april 2009, *LJN* BI4768
Gerechtshof 's-Hertogenbosch 12 mei 2009, *LJN* BI7588
Gerechtshof Arnhem 18 augustus 2009, *LJN* BK8642
Gerechtshof Arnhem 8 september 2009, *JA* 2010, 41, met nt. P. Silakhori
Gerechtshof 's-Gravenhage 29 september 2009, *L&S* 2010, 10, met nt. Y.R.K. Waterman
Gerechtshof 's-Hertogenbosch 9 februari 2010, *JA* 2010, 60, met nt. R.W.M. Giard
Gerechtshof Amsterdam 22 juni 2010, *JA* 2011, 1, met nt. R.W.M. Giard
Gerechtshof Leeuwarden 22 juni 2010, *JA* 2011, 2
Gerechtshof Arnhem, nevenzittingsplaats Leeuwarden 6 juli 2010, *L&S* 2010, 135
Gerechtshof Amsterdam 3 augustus 2010, zaaknr. 106.003.178/01
Gerechtshof 's-Gravenhage 28 december 2010, zaaknr. 200.024.335/01

Gerechtshof Leeuwarden 8 februari 2011, *JA* 2011, 87
 Gerechtshof Amsterdam 15 februari 2011, *LJN* BR6420
 Gerechtshof Arnhem 15 maart 2011, *JA* 2011, 81
 Gerechtshof Leeuwarden 5 april 2011, *LJN* BQ1826
 Gerechtshof Amsterdam 7 juni 2011, *LJN* BR1232
 Gerechtshof Amsterdam 5 juli 2011, *LJN* BR2898
 Gerechtshof Leeuwarden 17 april 2012, *JA* 2012, 144, met nt. P.J. Klein Gunnewiek
 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 19 juni 2012, *LJN* BW8927
 Gerechtshof Arnhem 2 september 2012, *JA* 2012, 208, met nt. R.P. Wijne
 Gerechtshof Arnhem 13 november 2012, *LJN* BZ1776
 Gerechtshof 's-Gravenhage 22 januari 2013, *LJN* BY8710
 Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 12 februari 2013, *LJN* BZ1711
 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 4 juni 2013, *LJN* CA2219
 Rechtbank Dordrecht 22 februari 1933, *NJ* 1933, p. 753
 Rechtbank Almelo 15 december 1943, *NJ* 1944-45, 312
 Rechtbank Breda 27 januari 1953, *NJ* 1954, 41
 Rechtbank Maastricht 22 november 1979, *NJ* 1980, 655
 Rechtbank Leeuwarden 1 maart 1984, *NJ* 1986, 334
 Rechtbank Arnhem 1 mei 1987, *NJ* 1989, 195
 Rechtbank Utrecht 7 september 1988, *VR* 1991, 83
 Rechtbank Arnhem 14 december 1989, *NJ* 1990, 362
 Rechtbank Arnhem 1 september 1993, *KG* 1993, 363
 Rechtbank Amsterdam 15 december 1993, te kennen uit Gerechtshof Amsterdam 4 januari 1996, *NJ* 1997, 213
 Rechtbank 's-Gravenhage 21 september 1994, *NJ* 1995, 296
 Rechtbank Zutphen 19 januari 1995, *NJ*kort 1997, 44
 Rechtbank Leeuwarden 4 juni 1996, *KG* 1996, 249
 Rechtbank Zwolle 23 april 1997, *TvGr* 1998, 20
 Rechtbank Utrecht 25 juni 1997, *TvGr* 1999, 27
 Rechtbank Amsterdam 9 juli 1997, rolnr. H 95.0601
 Rechtbank Middelburg 11 maart 1998, *NJ* 1999, 41
 Rechtbank Amsterdam 28 oktober 1998, *NJ* 1999, 406
 Rechtbank Zwolle 15 december 1999, *TvGr* 2000, 37
 Rechtbank 's-Gravenhage 22 december 1999, *LJN* AA5735
 Rechtbank Zwolle 31 mei 2000, *NJ*kort 2000, 89
 Rechtbank Leeuwarden 12 juli 2000, *TvGr* 2001, 13
 Rechtbank 's-Gravenhage 12 juli 2000, *VR* 2001, 20, met nt. A.J. Akkermans
 Rechtbank Roermond 12 oktober 2000, *LJN* AA7520
 Rechtbank Alkmaar 3 oktober 2002, *LJN* AE8326

Rechtbank Maastricht 21 mei 2003, *LJN* AF9045
Rechtbank Amsterdam 28 mei 2003, *NJ* 2004, 45
Rechtbank Arnhem 11 juni 2003, *LJN* AG1030
Rechtbank Arnhem 20 augustus 2003, *LJN* AL2040
Rechtbank Alkmaar 11 februari 2004, *NJ* 2004, 205
Rechtbank Middelburg 28 april 2004, *LJN* AP0788
Rechtbank Utrecht 30 november 2004, *LJN* AR6673
Rechtbank Amsterdam 22 december 2004, *VR* 2005, 104
Rechtbank Amsterdam 8 juni 2005, *LJN* AT9555
Rechtbank 's-Hertogenbosch 15 juni 2005, *JBPr* 2005, 75, met nt. J.S. Kortmann
Rechtbank 's-Hertogenbosch 15 juni 2005, *LJN* AT7382
Rechtbank 's-Hertogenbosch 25 juni 2005, *LJN* BQ3252
Rechtbank Maastricht 13 juli 2005, *JA* 2006, 44, met nt. M. Zaadhof
Rechtbank 's-Gravenhage 7 september 2005, *LJN* AU2088
Rechtbank 's-Gravenhage 7 september 2005, *LJN* AU2091
Rechtbank Zutphen 30 november 2005, *LJN* AU7283
Rechtbank Zwolle 1 februari 2006, *LJN* AW6459
Rechtbank Haarlem 1 maart 2006, *LJN* AV5277
Rechtbank Maastricht 22 maart 2006, *LJN* AV7273
Rechtbank Amsterdam 17 januari 2007, *LJN* BA1011
Rechtbank Leeuwarden 24 januari 2007, *LJN* AZ7289
Rechtbank Groningen 14 februari 2007, *NJF* 2007, 355
Rechtbank Arnhem 4 juli 2007, *VR* 2008, 130
Rechtbank Groningen 5 september 2007, *LJN* BB3122
Rechtbank Assen 24 oktober 2007, *LJN* BD2052
Rechtbank Groningen 5 september 2007, *LJN* BB3122
Rechtbank Dordrecht 23 april 2008, *LJN* BD0513
Rechtbank Arnhem 25 juni 2008, *LJN* BD6338
Rechtbank Haarlem 2 juli 2008, *JA* 2008, 150
Rechtbank Rotterdam 2 december 2008, *LJN* BG6738
Rechtbank Dordrecht 24 december 2008, *JA* 2009, 32
Rechtbank 's-Gravenhage 31 december 2008, *JA* 2009, 31, met nt. R.W.M. Giard
Rechtbank Amsterdam 7 januari 2009, *Le&S* 2010, 77
Rechtbank Dordrecht 20 april 2009, *LJN* BI1644
Rechtbank Rotterdam 29 april 2009, *LJN* BI8604
Rechtbank Rotterdam 10 juni 2009, *LJN* BI9931
Rechtbank Arnhem 29 juli 2009, *LJN* BJ4640
Rechtbank 's-Gravenhage 6 oktober 2009, *LJN* BK0176
Rechtbank Haarlem 11 november 2009, *LJN* BK3267

Rechtbank Arnhem 20 januari 2010, *LJN* BL2340
 Rechtbank Utrecht 10 februari 2010, *LJN* BL4050
 Rechtbank Arnhem 10 maart 2010, *NP* 2010, 16
 Rechtbank Zwolle-Lelystad 10 maart 2010, *LJN* BM3359
 Rechtbank Rotterdam 31 maart 2010, *LJN* BM0825
 Rechtbank Rotterdam 14 april 2010, *LJN* BN7297
 Rechtbank Zwolle-Lelystad 26 mei 2010, *LJN* BN6383
 Rechtbank Amsterdam 14 juli 2010, *JA* 2011, 4, met nt. L.C. Dufour
 Rechtbank Amsterdam 11 augustus 2010, *LJN* BP0743
 Rechtbank Utrecht 25 augustus 2010, *LJN* BN7740
 Rechtbank Rotterdam 29 september 2010, *LJN* BO3180
 Rechtbank Utrecht 6 oktober 2010, *LJN* BN9618
 Rechtbank Arnhem 17 november 2010, *LJN* BO4628
 Rechtbank Rotterdam 24 november 2010, *LJN* BO7879
 Rechtbank Utrecht 8 december 2010, *JA* 2011, 16
 Rechtbank Rotterdam 12 januari 2011, *LJN* BP5714
 Rechtbank Dordrecht 19 januari 2011, *LJN* BP1520
 Rechtbank Arnhem 26 januari 2011, *JA* 2011, 82
 Rechtbank Breda 2 februari 2011, *LJN* BP2954
 Rechtbank Amsterdam 9 februari 2011, *LJN* BP4341
 Rechtbank Maastricht 23 maart 2011, *LJN* BQ0800
 Rechtbank Amsterdam 18 mei 2011, *JA* 2011, 112
 Rechtbank Roermond 7 september 2011, *JA* 2011, 193
 Rechtbank Arnhem 20 oktober 2011, *JA* 2012, 16
 Rechtbank Middelburg 16 november 2011, *JA* 2012, 36
 Rechtbank Almelo 23 november 2011, *LJN* BU6133
 Rechtbank Amsterdam 7 december 2011, *JA* 2012, 54
 Rechtbank Arnhem 14 december 2011, *JA* 2012, 55
 Rechtbank 's-Gravenhage 15 februari 2012, *LJN* BV6803
 Rechtbank Rotterdam 14 maart 2012, *LJN* BV9542
 Rechtbank Alkmaar 18 april 2012, *LJN* BW7789
 Rechtbank Rotterdam 2 mei 2012, *LJN* BW4845
 Rechtbank 's-Gravenhage 18 juli 2012, *LJN* BX6419
 Rechtbank Arnhem 25 juli 2012, *LJN* BX4548
 Rechtbank Rotterdam 29 augustus 2012, *LJN* BX6987
 Rechtbank Maastricht 5 september 2012, *LJN* BY3180
 Rechtbank Utrecht 17 oktober 2012, *LJN* BY1151
 Rechtbank Arnhem 28 november 2012, *LJN* BY6606
 Rechtbank 's-Hertogenbosch 12 december 2012, *LJN* BY6328

Rechtbank Arnhem 12 december 2012, *LJN* BY8253
Rechtbank Breda 19 december 2012, *LJN* BY7399
Rechtbank Noord-Nederland 23 januari 2013, *JA* 2013, 46
Rechtbank Rotterdam 23 januari 2013, *LJN* BZ2365
Rechtbank Rotterdam 23 januari 2013, *LJN* BZ2397
Rechtbank 's-Gravenhage 29 mei 2013, *LJN* CA2475
RTG 's-Gravenhage 6 juli 2010, *LJN* YG0409

Hoofdstuk 7

EHRM 3 april 2001, zaaknr. 27229/95
EHRM 29 april 2002, *European Journal of Health Law* 2002, p. 263-279
EHRM 16 juni 2005, *EHRC* 2005, 82, met nt. J. van der Velde
EHRM 5 oktober 2006, *EHRC* 2007, 23, met nt. A.C. Hendriks
EHRM 20 maart 2007, *NJCM-Bulletin* 2007, p. 497, met nt. A.C. Hendriks en *EHRC* 2007, 70, met nt. H.L. Janssen
EHRM 15 januari 2009, *NJ* 2009, 52, met nt. E.J. Dommering
EHRM 2 juni 2009, *EHRC* 2009, 96, met nt. E.H. Hulst
EHRM 7 juli 2009, *EHRC* 2009, 115
EHRM 16 december 2010, *NJ* 2011, 216
EHRM 20 januari 2011, *EHRC* 2011, 53, met nt. G. den Hartogh
EHRM 26 mei 2011, *EHRC* 2011, 109, met nt. A.C. Hendriks
EHRM 8 november 2011, *EHRC* 2012, 18, met nt. A.C. Hendriks
EHRM 18 december 2012, *EHRC* 2013, 78, met nt. J.M. Emaus
EHRM 15 januari 2013, *EHRC* 2013, 81, met nt. A.C. Hendriks
HR 8 maart 1963, *NJ* 1963, 317, met nt. L.J. Hijmans van den Berg
HR 3 april 1970, *NJ* 1970, 379
HR 19 juni 1970, *NJ* 1970, 380, met nt. G.J. Scholten
HR 2 april 1976, *NJ* 1976, 532, met nt. A.R. Bloembergen
HR 23 april 1976, *NJ* 1976, 451
HR 4 juni 1976, *NJ* 1977, 4, met nt. A.R. Bloembergen
HR 17 december 1976, *NJ* 1977, 351, met nt. A.R. Bloembergen
HR 4 maart 1977, *NJ* 1978, 144, met nt. A.R. Bloembergen
HR 4 november 1983, *NJ* 1984, 786, met nt. E.A.A. Luijten
HR 25 november 1983, *NJ* 1984, 707
HR 15 februari 1985, *NJ* 1986, 687, met nt. F.H.J. Mijnsen
HR 12 april 1985, *NJ* 1986, 809, met nt. C.J.H. Brunner
HR 13 december 1985, *NJ* 1986, 246, met nt. W.C.L. van der Grinten
HR 28 februari 1986, *NJ* 1987, 100
HR 18 april 1986, *NJ* 1986, 567, met nt. W.C.L. van der Grinten

HR 9 mei 1986, *NJ* 1987, 252, met nt. M. Scheltema
HR 12 december 1986, *NJ* 1987, 958, met nt. C.J.H. Brunner
HR 27 november 1987, *NJ* 1989, 48, met nt. C.J.H. Brunner
HR 23 februari 1990, *NJ* 1991, 574, met nt. C.J.H. Brunner
HR 10 januari 1992, *NJ* 1992, 606, met nt. M.M. Mendel
HR 7 december 1993, *NJ* 1994, 244
HR 29 april 1994, *NJ* 1995, 609, met nt. C.J.H. Brunner
HR 13 januari 1995, *NJ* 1997, 366, met nt. C.J.H. Brunner
HR 3 november 1995, *NJ* 1998, 380, met nt. C.J.H. Brunner
HR 1 november 1996, *NJ* 1997, 134
HR 24 januari 1997, *NJ* 1999, 56, met nt. C.J.H. Brunner
HR 14 februari 1997, *NJ* 1997, 244
HR 21 februari 1997, *NJ* 1999, 145, met nt. C.J.H. Brunner
HR 2 mei 1997, *NJ* 1997, 662, met nt. J.M.M. Maeijer
HR 23 mei 1997, *NJ* 1997, 531
HR 10 juni 1997, *NJ* 1998, 54
HR 24 oktober 1997, *NJ* 1998, 693, met nt. W.M. Kleijn
HR 7 november 1997, *NJ* 1998, 364
HR 5 december 1997, *NJ* 1998, 400
HR 5 december 1997, *NJ* 1998, 401
HR 5 december 1997, *NJ* 1998, 402, met nt. J. Hijma
HR 19 december 1997, *NJ* 1998, 403, met nt. T. Koopmans
HR 15 mei 1998, *NJ* 1998, 624
HR 29 mei 1998, *NJ* 1998, 641
HR 26 juni 1998, *NJ* 1998, 778
HR 9 oktober 1998, *NJ* 1998, 853
HR 16 oktober 1998, *NJ* 1999, 196, met nt. A.R. Bloembergen
HR 28 mei 1999, *NJ* 1999, 564, met nt. A.R. Bloembergen
HR 25 juni 1999, *NJ* 2000, 16, met nt. A.R. Bloembergen
HR 14 januari 2000, *NJ* 2000, 437, met nt. C.J.H. Brunner
HR 4 februari 2000, *NJ* 2000, 600, met nt. M.M. Mendel
HR 11 februari 2000, *NJ* 2000, 275
HR 28 april 2000, *NJ* 2000, 430, met nt. A.R. Bloembergen
HR 8 september 2000, *NJ* 2000, 743, met nt. A.R. Bloembergen
HR 29 september 2000, *NJ* 2001, 105, met nt. A.R. Bloembergen
HR 17 november 2000, *NJ* 2001, 215, met nt. A.R. Bloembergen
HR 1 december 2000, *NJ* 2001, 46
HR 2 maart 2001, *NJ* 2001, 304
HR 6 april 2001, *NJ* 2002, 383

HR 20 april 2001, *NJ* 2002, 384, met nt. H.J. Snijders
HR 19 oktober 2001, *NJ* 2001, 655
HR 26 oktober 2001, *NJ* 2002, 216, met nt. J.B.M. Vranken
HR 23 november 2001, *NJ* 2002, 386
HR 23 november 2001, *NJ* 2002, 387, met nt. J.B.M. Vranken
HR 25 januari 2002, *NJ* 2002, 169
HR 1 februari 2002, *NJ* 2002, 122
HR 1 februari 2002, *NJ* 2002, 195
HR 22 februari 2002, *NJ* 2002, 240, met nt. J.B.M. Vranken
HR 24 mei 2002, *NJ* 2003, 268
HR 24 mei 2002, *NJ* 2003, 269, met nt. T. Koopmans
HR 9 augustus 2002, *NJ* 2010, 61 met nt. M.H. Wissink en *AV&S* 2003, 2, met nt. C.P.M. Buijssen
HR 20 september 2002, *NJ* 2004, 112, met nt. J.B.M. Vranken
HR 18 oktober 2002, *NJ* 2003, 258, met nt. M.M. Mendel
HR 22 november 2002, *NJ* 2003, 32, met nt. P. van Schilfgaarde
HR 13 december 2002, *NJ* 2003, 212
HR 10 januari 2003, *NJ* 2003, 537, met nt. W.M. Kleijn
HR 24 januari 2003, *NJ* 2003, 300
HR 9 mei 2003, *NJ* 2005, 168, met nt. W.D.H. Asser
HR 6 juni 2003, *NJ* 2003, 504, met nt. J.B.M. Vranken
HR 11 juli 2003, *NJ* 2005, 50, met nt. J.B.M. Vranken
HR 26 september 2003, *NJ* 2003, 645
HR 10 oktober 2003, *NJ* 2003, 680
HR 24 oktober 2003, *NJ* 2004, 396
HR 31 oktober 2003, *NJ* 2006, 112, met nt. C.E. du Perron
HR 19 december 2003, *NJ* 2004, 348
HR 14 mei 2004, *NJ* 2005, 236, met nt. K.F. Haak
HR 9 juli 2004, *NJ* 2005, 391, met nt. J.B.M. Vranken
HR 9 juli 2004, *NJ* 2004, 572
HR 26 november 2004, *NJ* 2006, 115, met nt. C.E. du Perron
HR 18 maart 2005, *NJ* 2006, 606, met nt. J.B.M. Vranken
HR 15 april 2005, *LJN* AS2030
HR 27 mei 2005, *NJ* 2006, 114, met nt. C.E. de Perron
HR 3 juni 2005, *NJ* 2005, 324, met nt. J.B.M. Vranken
HR 16 december 2005, *NJ* 2008, 186, met nt. J.B.M. Vranken
HR 3 november 2006, *NJ* 2008, 257
HR 3 november 2006, *NJ* 2008, 258, met nt. L.C.A. Verstappen
HR 24 november 2006, *NJ* 2006, 642

HR 21 september 2007, *NJ* 2008, 241, met nt. J.B.M. Vranken
 HR 4 april 2008, *NJ* 2008, 203
 HR 27 juni 2008, *NJ* 2008, 373
 HR 11 juli 2008, *NJ* 2009, 385, met nt. J.B.M. Vranken en *TVP* 2008, nr. 4, met nt. R.P. Wijne
 HR 3 oktober 2008, *NJ* 2009, 80 met nt. M.M. Mendel
 HR 17 oktober 2008, *LJN* BF0006
 HR 5 december 2008, *NJ* 2009, 387 met nt. J.B.M. Vranken
 HR 10 april 2009, *NJ* 2009, 386, met nt. J.B.M. Vranken
 HR 12 juni 2009, *JA* 2009, 155, met nt. R.M.J.T. van Dort
 HR 18 september 2009, *NJ* 2009, 439
 HR 9 oktober 2009, *NJ* 2010, 387, met nt. J.B.M. Vranken
 HR 9 oktober 2009, *NJ* 2012, 193 m. nt. C.E. du Perron
 HR 1 januari 2010, *LJN* BM7808
 HR 9 april 2010, *NJ* 2010, 214
 HR 16 april 2010, *NJ* 2010, 229
 HR 23 april 2010, *Le&S* 2010, 183
 HR 11 juni 2010, *NJ* 2010, 333
 HR 10 september 2010, *NJ* 2012, 195, met nt. C.E. du Perron
 HR 1 oktober 2010, *JA* 2010, 155, met nt. W.H. Bouman
 HR 8 oktober 2010, *NJ* 2010, 545
 HR 3 december 2010, *NJ* 2012, 196, met nt. C.E. du Perron
 HR 24 februari 2012, *NJ* 2012, 143
 HR 11 januari 2013, *LJN* BX9830
 HR 5 april 2013, *LJN* BY9086
 Gerechtshof 's-Gravenhage 2 april 1987, *NJ* 1988, 495
 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 1 februari 1989, *VR* 1989, 180
 Gerechtshof 's-Gravenhage 18 januari 1994, *NJ* 1995, 241
 Gerechtshof Leeuwarden 27 september 1995, te kennen uit HR 21 februari 1997, *NJ* 1999, 145, met nt. C.J.H. Brunner
 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 18 maart 1996, *NJ*kort 1996, 37
 Gerechtshof Amsterdam 19 februari 1998, *TvGr* 1998, 48
 Gerechtshof Amsterdam 3 februari 2000, *VR* 2000, 86
 Gerechtshof Leeuwarden 22 augustus 2001, *NJ* 2002, 69
 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 12 december 2001, *VR* 2002, 200
 Gerechtshof Leeuwarden 8 mei 2002, *NJ* 2002, 233
 Gerechtshof Arnhem 18 februari 2003, *NJ* 2003, 500
 Gerechtshof 's-Gravenhage 26 maart 2003, *NJ* 2003, 249
 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 22 juli 2003, *NJ* 2004, 367

Gerechtshof Arnhem 25 november 2003, *NJ* 2004, 228
Gerechtshof Arnhem 2 december 2003, *LJN* AO0863
Gerechtshof 8 januari 2004, *TvGr* 2005, 8
Gerechtshof Arnhem 25 april 2006, *LJN* BM5194
Gerechtshof Amsterdam 18 januari 2007 en 30 september 2008, te kennen uit HR 16 april 2010, *LJN* BL2229
Gerechtshof Arnhem 22 mei 2007, *L&S* 2007, 171
Gerechtshof 's-Gravenhage 10 juli 2007, *LJN* BB2375
Gerechtshof Arnhem 4 december 2007, *LJN* BM5197
Gerechtshof 's-Hertogenbosch 11 december 2007, *LJN* BC1116
Gerechtshof 's-Gravenhage 11 juni 2008, *LJN* BD6054
Gerechtshof Leeuwarden 9 september 2008, *LJN* BF0722
Gerechtshof 's-Hertogenbosch 23 september 2008, *JA* 2009, 29, met nt. J.L. Smeehuijzen
Gerechtshof 's-Gravenhage 28 januari 2009, *LJN* BH4337
Gerechtshof 's-Gravenhage 29 september 2009, *L&S* 2010, 10, met nt. Y.R.K. Waterman
Gerechtshof Arnhem 27 oktober 2009, *LJN* BL6561
Gerechtshof 's-Hertogenbosch 16 maart 2010, *LJN* BL8129
Gerechtshof Leeuwarden 22 juni 2010, *JA* 2011, 2
Gerechtshof Amsterdam 3 augustus 2010, zaaknr. 106.003.178/01
Gerechtshof Arnhem 15 maart 2011, *JA* 2011, 81
Gerechtshof Arnhem 12 april 2011, *LJN* BQ1690
Gerechtshof 's-Gravenhage 26 oktober 2011, *LJN* BV7598
Gerechtshof 's-Hertogenbosch 22 november 2011, *LJN* BU7536
Gerechtshof 's-Hertogenbosch 19 juni 2012, *LJN* BW8927
Gerechtshof Arnhem 11 september 2012, *LJN* BX6567
Rechtbank Rotterdam 12 december 1986, *NJ* 1988, 62
Rechtbank Amsterdam 30 mei 1990, *VR* 1991, 9
Rechtbank Groningen 9 maart 1991, *VR* 1992, 27
Rechtbank Breda 1 november 1994, *NJ* 1995, 507
Rechtbank Maastricht 12 januari 1995, *Njkort* 1995, 21
Rechtbank Zutphen 19 januari 1995, *Njkort* 1997, 44
Rechtbank Arnhem 30 januari 1997, *Njkort* 1997, 20
Rechtbank Maastricht 17 april 1997, *Njkort* 1997, 44
Rechtbank Amsterdam 9 juli 1997, rolnr. H 95.0601
Rechtbank Amsterdam 30 december 1998, *VR* 1999, 81
Rechtbank Utrecht 24 november 1999, *VR* 2000, 145
Rechtbank 's-Gravenhage 2 februari 2000, *LJN* AA4723
Rechtbank Rotterdam 14 september 2000, rolnr. 99-1298
Rechtbank Arnhem 15 maart 2001, *VR* 2002, 140

Rechtbank 's-Hertogenbosch 16 november 2001, *LJN* AD6137
 Rechtbank Zutphen 7 februari 2002, *LJN* AD9173
 Rechtbank Middelburg 25 juni 2003, *LJN* AH9234
 Rechtbank Arnhem 20 augustus 2003, *LJN* AL2040
 Rechtbank Zwolle 20 augustus 2003, *VR* 2004, 87
 Rechtbank Amsterdam 25 augustus 2004, rolnr. H 02.1250
 Rechtbank Rotterdam 8 februari 2006, *LJN* AX2193
 Rechtbank Maastricht 22 maart 2006, *LJN* AV7273
 Rechtbank Haarlem 23 augustus 2006, *LJN* AY6978
 Rechtbank Maastricht 18 oktober 2006, *LJN* AZ0717
 Rechtbank Haarlem 5 december 2006, *LJN* AZ4200
 Rechtbank Utrecht 8 augustus 2007, *LJN* BB1420
 Rechtbank Arnhem 29 augustus 2007, *LJN* BB3640
 Rechtbank 's-Hertogenbosch 9 april 2008, *LJN* BC9828
 Rechtbank Rotterdam 26 augustus 2008, *LJN* BF1952
 Rechtbank Amsterdam 7 januari 2009, *L&S* 2010, 77
 Rechtbank Alkmaar 22 april 2009, *LJN* BI1927
 Rechtbank Amsterdam 19 augustus 2009, *VR* 2010, 11
 Rechtbank Zutphen 18 november 2009, *LJN* BK4468
 Rechtbank Dordrecht 24 februari 2010, *LJN* BL7560
 Rechtbank Rotterdam 31 maart 2010, *LJN* BM0829
 Rechtbank Utrecht 2 juni 2010, *LJN* BM9253
 Rechtbank Rotterdam 30 juni 2010, *LJN* BN4218
 Rechtbank Breda 11 augustus 2010, *NP* 2010, 34
 Rechtbank Arnhem 22 september 2010, *LJN* BP0330
 Rechtbank Utrecht 6 oktober 2010, *L&S* 2011, 20, met nt. I. Laseur
 Rechtbank Utrecht 9 februari 2011, *LJN* BP5568
 Rechtbank Almelo 2 maart 2011, *LJN* BP7876
 Rechtbank Utrecht 15 juni 2011, *TvGr* 2011, 31
 Rechtbank Zwolle-Lelystad 27 juli 2011, *LJN* BU5198
 Rechtbank Zwolle-Lelystad, 21 september 2011, zaaknr. 171320/HA ZA 10-64
 Rechtbank 's-Hertogenbosch 28 september 2011, *LJN* BT2741
 Rechtbank 's-Hertogenbosch 8 februari 2012, *LJN* BV3743
 Rechtbank 's-Hertogenbosch 22 februari 2012, *LJN* BV6856
 Rechtbank Arnhem 21 maart 2012, *LJN* BW1273
 Rechtbank Utrecht 30 mei 2012, *LJN* BW8487
 Rechtbank Amsterdam 18 juli 2012, *LJN* BX4148
 Rechtbank 's-Gravenhage 18 juli 2012, *LJN* BX6419
 Rechtbank Zutphen 9 november 2012, *TvGr* 2013, 6, met nt. J.P. van Barneveld

Rechtbank Utrecht 6 februari 2013, *LJN* BZ0813
Rechtbank 's-Gravenhage 29 mei 2013, *LJN* CA2475
Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba 18 augustus 2009, *LJN* BJ5903
RTG Zwolle 10 maart 2005, *MC* 23 maart 2005, nr. 12
RTG 's-Gravenhage 6 juli 2010, *LJN* YG0409
RTG Amsterdam 29 november 2011, *LJN* YG1565
RvT Verzekeringen 25 maart 2002, *VR* 2003, 33

Hoofdstuk 8

EHRM 9 oktober 1979, zaaknr. 6289/73
EHRM 23 juni 1981, *NJ* 1982, 602
EHRM 6 mei 1985, *NJ* 1989, 385, met nt. P. van Dijk
EHRM 23 oktober 1985, *NJ* 1986, 102, met nt. E.A. Alkema
EHRM 28 augustus 1991, zaaknrs. 11170/84, 12876/87 en 13468/87
EHRM 27 oktober 1993, *NJ* 1994, 534, met nt. H.J. Snijders
EHRM 25 februari 1997, zaaknr. 22009/93
EHRM 18 maart 1997, *NJ* 1998, 278, met nt. H.J. Snijders
EHRM 30 juli 1998, zaaknr. 25357/94
EHRM 19 september 2000, zaaknr. 40031/98
EHRM 16 april 2002, zaaknr. 39030/97
EHRM 16 juli 2002, zaaknr. 56547/00
EHRM 26 juli 2002, zaaknr. 32911/96
EHRM 13 februari 2003, zaaknr. 36378/97
EHRM 15 juni 2004, zaaknr. 1814/02
EHRM 15 februari 2005, zaaknr. 68416/01
EHRM 19 mei 2005, *NJ* 2006, 14
EHRM 19 oktober 2005, zaaknr. 32555/96
EHRM 10 oktober 2006, zaaknr. 7508/02
EHRM 11 januari 2007, zaaknr. 71665/01
EHRM 5 juli 2007, *EHRC* 2007, 115, met nt. M.F.J.M. de Werd en *NJ* 2010, 323, met nt. E.A. Alkema
EHRM 17 juli 2008, zaaknr. 20511/03
EHRM 25 november 2008, zaaknr. 36919/02
EHRM 20 januari 2009, zaaknr. 23815/04
EHRM 3 maart 2009, zaaknr. 20482/03
EHRM 28 april 2009, zaaknr. 32881/04
EHRM 2 juni 2009, *EHRC* 2009, 96, met nt. E.H. Hulst
EHRM 18 februari 2010, zaaknr. 22584/06

EHRM 7 juni 2011, zaaknr. 11385/05
EHRM 17 januari 2012, zaaknr. 20376/05
EHRM 27 maart 2012, zaaknr. 20041/10
ECieRM 10 juli 1980, zaaknr. 8158/78
HR 21 april 1913, *NJ* 1913, 958
HR 30 november 1927, *NJ* 1928, 265
HR 3 februari 1967, *NJ* 1968, 32, met nt. D.J. Veegens
HR 17 november 1967, *NJ* 1968, 164
HR 5 maart 1971, *NJ* 1971, 260, met nt. D.J. Veegens
HR 12 november 1972, *NJ* 1973, 153
HR 5 november 1976, *NJ* 1977, 586, met nt. W.H. Heemskerk
HR 16 april 1982, *NJ* 1982, 560
HR 28 januari 1983, *NJ* 1983, 481
HR 7 september 1984, *NJ* 1985, 32, met nt. W.H. Heemskerk
HR 27 november 1984, *NJ* 1985, 106, met nt. Th.W. van Veen
HR 29 maart 1985, *NJ* 1986, 242, met nt. L. Wichers Hoeth
HR 7 juni 1985, *NJ* 1986, 174
HR 17 januari 1986, *NJ* 1987, 352, met nt. W.L. Haardt
HR 21 oktober 1986, *NJ* 1987, 607, met nt. G.E. Mulder
HR 6 maart 1987, *NJ* 1987, 1016, met nt. W.L. Haardt
HR 20 november 1987, *NJ* 1988, 279, met nt. W.H. Heemskerk
HR 20 november 1987, *NJ* 1988, 500, met nt. W.L. Haardt
HR 1 juli 1988, *NJ* 1988, 1035
HR 2 februari 1990, *NJ* 1991, 1, met nt. J.B.M. Vranken
HR 23 november 1990, *NJ* 1991, 761, met nt. J.B.M. Vranken
HR 10 april 1991, *NJ* 1991, 832, met nt. R.A. van Morzer Bruyns
HR 31 mei 1991, *NJ* 1991, 524
HR 10 januari 1992, *NJ* 1992, 606, met nt. M.M. Mendel
HR 24 april 1992, *NJ* 1992, 672, met nt. P.A. Stein
HR 11 december 1992, *NJ* 1993, 175
HR 12 februari 1993, *NJ* 1993, 234
HR 14 mei 1993, *NJ* 1994, 448, met nt. E.A.A. Luijten
HR 7 januari 1994, *NJ* 1994, 320
HR 18 februari 1994, *NJ* 1994, 368
HR 25 februari 1994, *NJ* 1995, 608, met nt. C.J.H. Brunner
HR 21 juni 1994, *NJ* 1994, 656, met nt. T.M. Schalken
HR 23 juni 1995, *NJ* 1995, 661
HR 30 juni 1995, *NJ* 1996, 200, met nt. H.E. Ras
HR 5 december 1995, *NJ* 1996, 322, met nt. A.C. 't Hart

HR 20 september 1996, *NJ* 1997, 328, met nt. G.R. Rutgers
HR 27 juni 1997, *NJ* 1997, 651
HR 9 oktober 1998, *NJ* 1998, 853
HR 6 november 1998, *NJ* 1999, 220, met nt. M.M. Mendel
HR 16 april 1999, *NJ* 1999, 597, met nt. P. Clausing
HR 16 april 1999, *NJ* 1999, 666, met nt. P. Clausing
HR 31 mei 1999, *NJ* 1991, 524
HR 15 oktober 1999, *NJ* 2001, 42, met nt. F.C.B. van Wijmen
HR 30 november 1999, *NJ* 2002, 438, met nt. Y. Buruma
HR 5 januari 2001, *NJ* 2001, 77
HR 20 april 2001, *NJ* 2001, 600, met nt. W.M. Kleijn en F.C.B. van Wijmen
HR 8 juni 2001, *NJ* 2001, 433
HR 15 juni 2001, *NJ* 2001, 435
HR 7 september 2001, *NJ* 2001, 615
HR 30 oktober 2001, *NJ* 2003, 201
HR 14 december 2001, *NJ* 2002, 73
HR 12 februari 2002, *NJ* 2002, 440, met nt. Y. Buruma
HR 20 december 2002, *NJ* 2004, 4, met nt. J.B.M. Vranken
HR 24 december 2002, *NJ* 2003, 167, met nt. T.M. Schalken
HR 7 maart 2003, *NJ* 2003, 302
HR 8 april 2003, *NJ* 2004, 365, met nt. D.H. de Jong
HR 11 juli 2003, *NJ* 2005, 50, met nt. J.B.M. Vranken
HR 23 september 2003, *LJN* AG3035
HR 30 januari 2004, *NJ* 2005, 455, met nt. W.D.H. Asser
HR 26 maart 2004, *TvGr* 2004, 33, met nt. J. van der Burg, *JBPr* 2004, 37, met nt. C.J.M. Klaassen en *NJ* 2009, 340, met nt. F.C.B. van Wijmen
HR 8 oktober 2004, *LJN* AP1083
HR 12 november 2004, *LJN* AP9636
HR 11 maart 2005, *LJN* AR6199
HR 25 november 2005, *LJN* AT9053
HR 13 januari 2006, *LJN* AU3256
HR 20 januari 2006, *NJ* 2006, 78
HR 9 mei 2006, *LJN* AV2386
HR 16 juni 2006, *NJ* 2006, 341
HR 30 juni 2006, *LJN* AX4310
HR 8 september 2006, *NJ* 2006, 493
HR 20 april 2007, *VR* 2007, 133, met nt. G.M. van Wassenauer
HR 27 april 2007, *LJN* AZ4567
HR 15 juni 2007, *NJ* 2007, 335

HR 29 juni 2007, *NJ* 2007, 638
 HR 29 juni 2007, *RvdW* 2007, 641
 HR 13 juli 2007, *LJNBA*4200
 HR 5 oktober 2007, *LJN* BA8774
 HR 19 oktober 2007, *LJN* BB5172
 HR 22 februari 2008, *NJ* 2010, 542
 HR 22 februari 2008, *NJ* 2010, 543, met nt. J. Legemaate en C.J.M. Klaassen
 HR 25 april 2008, *NJ* 2008, 553, met nt. H.J. Snijders
 HR 27 mei 2008, *NJ* 2008, 407, met nt. J. Legemaate
 HR 11 juli 2008, *NJ* 2008, 401
 HR 21 oktober 2008, *NJ* 2008, 630, met nt. J. Legemaate
 HR 20 maart 2009, *NJ* 2009, 234, met nt. S.F.M. Wortmann
 HR 10 april 2009, *NJ* 2010, 471, met nt. C.J.M. Klaassen
 HR 15 mei 2009, *RvdW* 2009, 633
 HR 26 mei 2009, *NJ* 2009, 263, met nt. J. Legemaate
 HR 22 januari 2010, *TVP* 2010, 2, met nt. G. de Groot
 HR 19 maart 2010, *NJ* 2010, 172
 HR 5 juli 2011, *LJN* BP6138
 HR 5 juli 2011, *LJN* BP6144
 HR 9 september 2011, *LJN* BQ8097
 HR 9 maart 2012, *LJN* BU9206
 HR 28 september 2012, *LJN* BW7507
 HR 15 maart 2013, *LJN* BY7840
 Gerechtshof 's-Gravenhage, 30 november 1984, *NJ* 1985, 481
 Gerechtshof Amsterdam 21 december 1989, *NJ* 1990, 805
 Gerechtshof Amsterdam 14 november 1991, *NJ* 1992, 328
 Gerechtshof Amsterdam 8 januari 1998, *NJ* 2000, 446
 Gerechtshof Leeuwarden 12 mei 1999, *TvGr* 2000, 25
 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 18 september 2000, *NJ* 2001, 555
 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 12 december 2002, *NJ* 2003, 379, met nt. F.C.B. van Wijmen
 Gerechtshof Arnhem 2 december 2003, *LJN* AO0863
 Gerechtshof Arnhem 13 januari 2004, *LJN* AP0214
 Gerechtshof Amsterdam 29 januari 2004, *L&S* 2004, 9, met nt. A.J. Van
 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 8 april 2004, *NP* 2004, 5
 Gerechtshof Leeuwarden 8 maart 2006, *LJN* BB2834
 Gerechtshof Amsterdam 9 maart 2006, rolnr. 1973/03
 Gerechtshof Amsterdam 24 augustus 2006, *NP* 2006, 11
 Gerechtshof Arnhem 12 september 2006, *LJN* AY9481
 Gerechtshof Leeuwarden 28 februari 2007, *NJ* 2009, 199

Gerechtshof Leeuwarden 5 september 2007, *LJN* BB3156
Gerechtshof Arnhem 2 oktober 2007, *LJN* BB5285
Gerechtshof Amsterdam 31 januari 2008, *LJN* BC4394
Gerechtshof Arnhem 19 augustus 2008, *LJN* BE9077
Gerechtshof Leeuwarden, 9 december 2008, *NJ* 2009, 200 en *JA* 2009, 30, met nt. J.P.M. Simons
Gerechtshof Arnhem 9 december 2008, *JA* 2009, 54
Gerechtshof 's-Hertogenbosch 10 maart 2009, *LeS* 2009, 112, met nt. A.J. Van
Gerechtshof Amsterdam 24 maart 2009, zaaknr. 106.007.506/01
Gerechtshof Leeuwarden 25 juni 2009, *JA* 2011, 3, met nt. L.G.J. Hendrix
Gerechtshof Arnhem 20 oktober 2009, *LJN* BL3556
Gerechtshof Amsterdam 22 december 2009, *LJN* BL9308
Gerechtshof 's-Hertogenbosch 15 januari 2010, *LJN* BN1751
Gerechtshof Amsterdam 16 maart 2010, *LJN* BM9228
Gerechtshof Amsterdam 6 juli 2010, zaaknr. 200.066.251/01
Gerechtshof 's-Gravenhage 9 november 2010, *LJN* BO8037
Gerechtshof Amsterdam 25 januari 2011, *LJN* BP6438
Gerechtshof Amsterdam 29 maart 2011, *LJN* BR1740
Gerechtshof Arnhem 12 april 2011, *LJN* BQ1690
Gerechtshof 's-Hertogenbosch 24 mei 2011, *LJN* BQ6052
Gerechtshof Amsterdam 5 juli 2011, *LJN* BR3020
Gerechtshof Amsterdam 5 juli 2011, *LJN* BR3365
Gerechtshof Leeuwarden 12 juli 2011, *LJN* BR5585
Gerechtshof Leeuwarden 27 september 2011, *LJN* BT5862
Gerechtshof Arnhem 13 december 2011, *LJN* BU8395
Gerechtshof Amsterdam 31 januari 2012, *LJN* BV2565
Gerechtshof 's-Gravenhage 17 april 2012, *LJN* BW4607
Gerechtshof 's-Hertogenbosch 19 juni 2012, *LJN* BW8927
Gerechtshof Arnhem 7 augustus 2012, *LJN* BX4091
Gerechtshof Arnhem 2 september 2012, *LJN* BX8853
Rechtbank 's-Hertogenbosch 10 februari 1983, *NJ* 1984, 18
Rechtbank Amsterdam 29 maart 1995, *VR* 1996, 124
Rechtbank 's-Gravenhage 28 juni 1996, *TvGr* 1997, 14
Rechtbank Utrecht 8 december 1998, *TvGr* 1999, 32
Rechtbank Amsterdam 29 juni 1999, *NP* 1999, 9
Rechtbank Utrecht 10 november 1999, *NP* 2000, 2
Rechtbank Amsterdam 16 december 1999, *NP* 2000, 2
Rechtbank Arnhem, 6 december 2001, zaaknr. 2001/1988
Rechtbank Alkmaar 26 september 2002, *LJN* AE8549

Rechtbank Utrecht 10 oktober 2002, *LJN* AE8470
 Rechtbank Zwolle 6 november 2002, zaaknr. 7194/HA ZA 01-1367
 Rechtbank Haarlem 27 mei 2003, *NP* 2003, 6
 Rechtbank Haarlem 20 oktober 2003, *LJN* AN8307
 Rechtbank Arnhem 11 februari 2004, *LJN* AO5406
 Rechtbank Amsterdam 20 september 2004, *L&S* 2005, 212, met nt. A.J. Van
 Rechtbank Amsterdam 1 november 2004, *LJN* AR6866
 Rechtbank 's-Hertogenbosch 1 december 2004, *LJN* BQ3280
 Rechtbank Arnhem 2 maart 2005, *LJN* AT2943
 Rechtbank Arnhem 12 oktober 2005, *LJN* AU8391
 Rechtbank Amsterdam 27 oktober 2005, *LJN* AU6024
 Rechtbank Rotterdam 23 november 2005, *LJN* AU8571
 Rechtbank Amsterdam 19 juli 2006, *LJN* BA1500
 Rechtbank Arnhem 11 oktober 2006, *LJN* AZ4024
 Rechtbank Zutphen 27 oktober 2006, *L&S* 2006, 260
 Rechtbank Utrecht 22 november 2006, *L&S* 2006, 261
 Rechtbank Zutphen 23 november 2006, *L&S* 2006, 259
 Rechtbank Zutphen 10 januari 2007, *LJN* BA4423
 Rechtbank Rotterdam 13 februari 2007, te kennen uit HR 21 oktober 2008, *NJ* 2008, 630, met nt. J. Legemaate
 Rechtbank Amsterdam 10 oktober 2007, *LJN* BB7164
 Rechtbank Zutphen 7 november 2007, *JA* 2008, 13
 Rechtbank Rotterdam 28 november 2007, *LJN* BD7445
 Rechtbank Arnhem 12 december 2007, *LJN* BC0644
 Rechtbank Zwolle-Lelystad 20 december 2007, *JA* 2008, 24
 Rechtbank Amsterdam 30 januari 2008, *LJN* BD7591
 Rechtbank Amsterdam 6 februari 2008, *LJN* BC7179
 Rechtbank Assen 27 februari 2008, *JA* 2008, 99, met nt. A.J. Van
 Rechtbank Amsterdam 6 maart 2008, *NP* 2008, 4
 Rechtbank Arnhem 6 maart 2008, *LJN* BC9172
 Rechtbank Amsterdam 18 juni 2008, *LJN* BD6618
 Rechtbank Rotterdam 30 juli 2008, *LJN* BD9572
 Rechtbank 's-Hertogenbosch 6 augustus 2008, *LJN* BI0701
 Rechtbank Amsterdam 25 september 2008, *LJN* BH2346
 Rechtbank Arnhem 30 oktober 2008, zaaknr. 1723S8/HA RK 08-1999
 Rechtbank Amsterdam 6 november 2008, zaaknr. 401107/HA RK 08-364
 Rechtbank Amsterdam 7 januari 2009, *L&S* 2010, 77
 Rechtbank Arnhem 1 maart 2009, *LJN* BH9159
 Rechtbank Rotterdam 4 maart 2009, *LJN* BI6309

Rechtbank Breda 6 mei 2009, *L&S* 2009, 183, met nt. J. Roth
Rechtbank Amsterdam 7 mei 2009, zaaknr. 411386/ HA RK 08-744
Rechtbank Arnhem 8 juli 2009, *TvGr* 2009, 32, met nt. W.R. Kastelein
Rechtbank Amsterdam 15 juli 2009, *LJN* BJ7574
Rechtbank Zutphen 8 oktober 2009, *LJN* BK4206
Rechtbank Utrecht 28 oktober 2009, *LJN* BK1546
Rechtbank Rotterdam 13 januari 2010, *LJN* BL4343
Rechtbank Zutphen 29 januari 2010, *LJN* BL1734
Rechtbank Alkmaar 17 februari 2010, *JA* 2010, 55, met nt. G. de Groot
Rechtbank Roermond 24 februari 2010, zaaknr. 97054/HA RK 09-170
Rechtbank Arnhem 10 maart 2010, *LJN* BL8529
Rechtbank Rotterdam 17 maart 2010, *LJN* BL8874
Rechtbank Dordrecht 31 maart 2010, *LJN* BM0264
Rechtbank Rotterdam 14 april 2010, *LJN* BN7297
Rechtbank Arnhem 28 april 2010, *LJN* BM6348
Rechtbank Haarlem 8 juli 2010, zaaknr. 468305/EJ VERZ 10-70
Rechtbank 's-Hertogenbosch 26 juli 2010, *LJN* BN3026
Rechtbank Utrecht 6 oktober 2010, *JA* 2011, 21
Rechtbank Utrecht 27 oktober 2010, *LJN* BO2891
Rechtbank Amsterdam 10 november 2010, *LJN* BP5627
Rechtbank Utrecht 17 november 2010, *LJN* BO5227
Rechtbank Utrecht 17 november 2010, *JA* 2011, 50, met nt. J.P.M. Simons
Rechtbank Haarlem 23 november 2010, *LJN* BO6959
Rechtbank 's-Gravenhage 22 december 2010, *LJN* BO9396
Rechtbank 's-Hertogenbosch 23 december 2010, *LJN* BO9650
Rechtbank Arnhem 26 januari 2011, *JA* 2011, 82
Rechtbank Amsterdam 9 februari 2011, *LJN* BP4341
Rechtbank Almelo 2 maart 2011, *LJN* BP7868
Rechtbank Utrecht 23 maart 2011, *JA* 2011, 107
Rechtbank 's-Gravenhage 30 maart 2011, *LJN* BQ0359
Rechtbank Rotterdam 13 april 2011, *LJN* BQ1123
Rechtbank Zwolle-Lelystad 4 mei 2011, zaaknr. 17493/HAZA 10-226
Rechtbank Utrecht 11 mei 2011, zaaknr. 294465/HA RK 10-407
Rechtbank Haarlem 12 mei 2011, *LJN* BQ4765
Rechtbank Maastricht 24 mei 2011, *LJN* BQ5739
Rechtbank Arnhem 8 juni 2011, *LJN* BQ9096
Rechtbank Arnhem 8 juni 2011, *LJN* BQ9413
Rechtbank Leeuwarden 8 juni 2011, *JA* 2011, 146, met nt. R.P. Wijne
Rechtbank Rotterdam 20 juli 2011, *LJN* BR4450

Rechtbank Zwolle 2 september 2011, *LJN* BU1425
Rechtbank Arnhem 7 september 2011, *LJN* BT2607
Rechtbank Arnhem 7 september 2011, *LJN* BU6743
Rechtbank Arnhem 7 september 2011, *LJN* BU6751
Rechtbank Zutphen 14 september 2011, *LJN* BS8702
Rechtbank Arnhem 14 september 2011, *LJN* BT6494
Rechtbank Zwolle-Lelystad 21 september 2011, zaaknr. 171320/HA ZA 10-64
Rechtbank Arnhem 30 september 2011, *LJN* BU6738
Rechtbank Arnhem 12 oktober 2011, *LJN* BT8298
Rechtbank Arnhem 12 oktober 2011, *LJN* BT8500
Rechtbank Arnhem 20 oktober 2011, *LJN* BU4405
Rechtbank 's-Hertogenbosch 20 oktober 2011, *LJN* BT8905
Rechtbank Zutphen 20 oktober 2011, *LJN* BU1420
Rechtbank Maastricht 26 oktober 2011, *LJN* BU7197
Rechtbank 's-Gravenhage 1 november 2011, *JA* 2012, 21
Rechtbank Rotterdam 23 november 2011, *LJN* BU9541
Rechtbank Arnhem 25 november 2011, *LJN* BV0285
Rechtbank Breda 5 december 2011, *LJN* BU6973
Rechtbank 's-Hertogenbosch 13 december 2011, *LJN* BU7841
Rechtbank Rotterdam 21 december 2011, *LJN* BU8990
Rechtbank Arnhem 28 december 2011, *LJN* BV0995
Rechtbank Middelburg 11 januari 2012, *LJN* BW6490
Rechtbank Rotterdam 1 februari 2012, *LJN* BV2500
Rechtbank 's-Hertogenbosch 1 februari 2012, *LJN* BV3383
Rechtbank 's-Hertogenbosch 8 februari 2012, *LJN* BV3743
Rechtbank Dordrecht 15 februari 2012, *JA* 2012, 88
Rechtbank Rotterdam 29 februari 2012, *LJN* BV8093
Rechtbank Rotterdam 14 maart 2012, *LJN* BV9542
Rechtbank Amsterdam 28 maart 2012, *LJN* BW1355
Rechtbank Alkmaar 18 april 2012, *JA* 2012, 121, met nt. R.W.M. Giard
Rechtbank Arnhem 18 april 2012, *LJN* BW5046
Rechtbank Rotterdam 18 april 2012, *LJN* BW4629
Rechtbank 's-Gravenhage 25 april 2012, *JA* 2012, 123
Rechtbank Roermond 25 april 2012, zaaknr. 1156/HA RK 11-146
Rechtbank 's-Hertogenbosch 1 mei 2012, zaaknr. 38647/EX RK 11-207
Rechtbank Middelburg 13 juni 2012, *LJN* BY4585
Rechtbank Amsterdam 26 juli 2012, *LJN* BX4320
Rechtbank 's-Gravenhage 17 augustus 2012, *LJN* BX8037
Rechtbank Zwolle 22 augustus 2012, *LJN* BY1777

Rechtbank Arnhem 22 augustus 2012, *LJN* BX8558
Rechtbank Arnhem 19 september 2012, *LJN* BX8865
Rechtbank Utrecht 17 oktober 2012, *LJN* BY1151
Rechtbank 's-Gravenhage 25 oktober 2012, *LJN* BY2540
Rechtbank 's-Gravenhage 25 oktober 2012, *LJN* BY2555
Rechtbank Amsterdam 29 november 2012, *LJN* BY7466
Rechtbank 's-Gravenhage 30 november 2012, *LJN* BZ2041
Rechtbank Rotterdam 12 december 2012, *LJN* BY6446
Rechtbank Middelburg 21 december 2012, *LJN* BZ5988
Rechtbank Amsterdam 9 januari 2013, *LJN* BZ5540
Rechtbank Haarlem 4 januari 2013, *LJN* BZ0050
Rechtbank Rotterdam 23 januari 2013, *LJN* BZ2365
Rechtbank Rotterdam 23 januari 2013, *LJN* BZ2397
Rechtbank Zutphen 24 januari 2013, zaaknr. 135005/KG ZA 12-381
Rechtbank Almelo 28 februari 2013, *LJN* BZ3464
Rechtbank Limburg 22 mei 2013, zaaknr. C/03/177939 / HA RK 13-8
Rechtbank Limburg 22 mei 2013, zaaknr. C/03/178000 / HA RK 13-10
Rechtbank Limburg 22 mei 2013, zaaknr. C/03/178002 / HA RK 13-11
CRvB 17 mei 2011, *L&S* 2011, 232
ABRS 30 november 2011, *TvGr* 2012, 6
ABRS 1 augustus 2012, *LJN* BX3309
Geschillencommissie Financiële Dienstverlening, 19 oktober 2009, *NP* 2010, 89
Tuchtraad Financiële Dienstverlening 18 september 2012, zaaknr. TFD 2012/004
CMT 14 september 1989, *TvGr* 1990, 44
CMT 14 september 1989, *TvGr* 1990, 45
CMT 14 november 1996, *TvGr* 1997, 11
CTG 6 september 2001, *TvGr* 2001, 63
CTG 8 april 2004, zaaknr. 2003/224
CTG 31 augustus 2004, *TvP* 2005, 2, met nt. Ch. van Dijk
CTG 11 mei 2006, zaaknr. 2005/056
CTG 15 mei 2007, zaaknr. 2006/101
CTG 19 juli 2007, zaaknr. 2006/026
CTG 31 augustus 2007, zaaknr. 2003/178
CTG 4 september 2007, zaaknr. 2006/147
CTG 24 februari 2009, zaaknr. 2007/376
CTG 24 februari 2009, zaaknr. 2007/368
CTG 24 februari 2009, zaaknr. 2008/075
CTG 7 april 2009, zaaknr. 2008/123
CTG 12 mei 2009, zaaknr. 2008/157

CTG 1 september 2009, zaaknr. 2008/015
CTG 12 januari 2010, zaaknr. 2008/266
CTG 17 april 2012, Stcrt. 2012, nr. 8357
MT Amsterdam 24 juni 1985, *TvGr* 1988, 16
MT Eindhoven 30 september 1991, *TvGr* 1993, 3
RTG Amsterdam 15 mei 2001, zaaknr. 00-012
RTG 's-Gravenhage 13 april 2004, zaaknr. 2003T80
RTG Amsterdam 13 december 2005, zaaknr. 04/228
RTG Amsterdam 24 januari 2006, *LeS* 2007, 5, met nt. A.J. Van
RTG Amsterdam 27 juni 2006, zaaknr. 05-135
RTG Amsterdam, 26 mei 2009, zaaknr. 08/028
RTG Zwolle 28 januari 2010, *LJN* YG0038
RTG Eindhoven 15 juni 2011, *LJN* YG1167
RTG Zwolle 7 juni 2012, *LJN* YG2104

Hoofdstuk 9

-

Hoofdstuk 10

HR 9 december 1955, *NJ* 1956, 157
HR 26 maart 1971, *NJ* 1971, 262, met nt. G.J. Scholten
HR 26 maart 1976, *NJ* 1976, 393, met nt. G.J. Scholten
HR 11 maart 1977, *NJ* 1977, 521, met nt. G.J. Scholten
HR 25 juni 1982, *NJ* 1983, 151, met nt. P.A. Stein
HR 29 april 1983, *NJ* 1984, 19
HR 24 december 1982, *NJ* 1983, 443
HR 24 januari 1986, *NJ* 1986, 377
HR 23 mei 1986, *NJ* 1987, 482, met nt. C.J.H. Brunner
HR 20 november 1987, *NJ* 1988, 500, met nt. W.L. Haardt
HR 6 april 1990, *NJ* 1990, 573, met nt. P.A. Stein
HR 6 april 1990, *NJ* 1991, 689, met nt. C.J.H. Brunner
HR 1 juni 1990, *NJ* 1991, 720, met nt. C.J.H. Brunner
HR 31 mei 1991, *NJ* 1991, 721, met nt. C.J.H. Brunner
HR 28 februari 1992, *NJ* 1993, 566, met nt. C.J.H. Brunner
HR 22 mei 1992, *NJ* 1992, 527
HR 9 oktober 1992, *NJ* 1994, 535, met nt. C.J.H. Brunner
HR 15 januari 1993, *NJ* 1993, 568
HR 19 februari 1993, *NJ* 1994, 290, met nt. C.J.H. Brunner
HR 25 juni 1993, *NJ* 1993, 686, met nt. P.A. Stein

HR 24 december 1993, *NJ* 1995, 236, met nt. C.J.H. Brunner
HR 2 juni 1995, *NJ* 1997, 700
HR 2 juni 1995, *NJ* 1997, 701
HR 2 juni 1995, *NJ* 1997, 702, met nt. C.J.H. Brunner
HR 16 februari 1996, *NJ* 1996, 393
HR 20 september 1996, *NJ* 1997, 198, met nt. P.A. Stein
HR 11 september 1998, *NJ* 1998, 870
HR 2 oktober 1998, *NJ* 1999, 683, met nt. J.B.M. Vranken
HR 3 december 1999, *NJ* 2000, 235, met nt. P.A. Stein
HR 10 december 1999, *NJ* 2000, 211, met nt. P.A. Stein
HR 22 januari 1999, *NJ* 1999, 534, met nt. P.A. Stein
HR 8 september 2000, *NJ* 2000, 734, met nt. A.R. Bloembergen
HR 14 juli 2000, *NJ* 2001, 417, met nt. J. Hijma
HR 17 november 2000, *NJ* 2001, 596, met nt. W.D.H. Asser
HR 26 januari 2001, *NJ* 2001, 597
HR 20 april 2001, *NJ* 2001, 600, met nt. W.M. Kleijn en F.C.B. van Wijmen
HR 4 mei 2001, *NJ* 2002, 214, met nt. C.J.H. Brunner
HR 7 september 2001, *NJ* 2001, 615
HR 22 februari 2002, *NJ* 2002, 240, met nt. J.B.M. Vranken
HR 17 december 2004, *NJ* 2006, 147, met nt. C.J.H. Brunner
HR 11 november 2005, *NJ* 2008, 460
HR 11 maart 2005, *NJ* 2010, 309, met nt. T. Hartlief
HR 18 maart 2005, *NJ* 2006, 606, met J.B.M. Vranken
HR 3 juni 2005, *NJ* 2005, 286
HR 27 februari 2006, *LJN* AU6927
HR 31 maart 2006, *NJ* 2011, 250, met nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai
HR 23 juni 2006, *NJ* 2006, 354
HR 30 maart 2007, *LJN* AZ7863
HR 20 april 2007, *VR* 2007, 133, met nt. G.M. van Wassenauer
HR 27 april 2007, *LJN* AZ6717
HR 15 juni 2007, *NJ* 2007, 335
HR 1 februari 2008, *NJ* 2009, 330
HR 16 mei 2008, *JA* 2008, 122, met nt. E.M. Hoogeveen
HR 12 december 2008, *NJ* 2009, 332
HR 9 januari 2009, *JAR* 2009, 38
HR 11 juni 2010, *NJ* 2010, 333
HR 7 juni 2013, *LJN* BZ1717
HR 7 juni 2013, *LJN* BZ1721
Gerechtshof Amsterdam 2 maart 2006, *LJN* AX3550

Gerechtshof 's-Gravenhage 11 juli 2006, *LJN* AY8855
 Gerechtshof 's-Gravenhage 18 augustus 2006, *LJN* AY8791
 Gerechtshof Amsterdam 14 december 2006, *L&S* 2007, 66
 Gerechtshof Leeuwarden 24 oktober 2007, *LJN* BI6166
 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 1 april 2008, *LJN* BC8292
 Gerechtshof 's-Gravenhage 17 juli 2008, *L&S* 2008, 173
 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 29 juni 2010, *LJN* BN0074
 Gerechtshof 's-Gravenhage 20 juli 2010, *LJN* BN4195
 Gerechtshof 's-Gravenhage 27 november 2012, *LJN* BY4151
 Rechtbank Zutphen 29 januari 2003, *LJN* AF4658
 Rechtbank Zwolle-Lelystad 14 juli 2004, *LJN* AR3130
 Rechtbank Maastricht 22 maart 2006, *LJN* AV7273
 Rechtbank Amsterdam 7 januari 2009, *LJN* BH1287
 Rechtbank Groningen 4 juni 2009, *LJN* BM1623
 Rechtbank Assen 29 juni 2010, *LJN* BN1335
 Rechtbank Amsterdam 9 februari 2011, *LJN* BP4341
 Rechtbank Arnhem 2 maart 2011, *LJN* BP6939
 Rechtbank Leeuwarden 8 juni 2011, *JA* 2011, 146, met nt. R.P. Wijne
 Rechtbank Oost-Nederland 28 maart 2013, *LJN* BZ6271
 RTG Amsterdam 26 oktober 2010, *LJN* YG0612
 CRvB 22 juni 2000, *LJN* AB0072
 OGH 16 maart 1989, zaaknr. 8 Ob 525/88
 OGH 9 november 1989, zaaknr. 7 Ob 648/89
 OGH 31 mei 1990, zaaknr. 6 Ob 702/89
 OGH 25 januari 1994, zaaknr. 1 Ob 532/94
 OGH 31 januari 1995, zaaknr. 4 Ob 509/95
 OGH 7 november 1995, zaaknr. 4 Ob 554/95
 OGH 7 mei 2003, zaaknr. 7 Ob 36/03z
 OGH 12 december 2007, zaaknr. 7 Ob 255/07m
 OGH 29 januari 2008, zaaknr. 1 Ob 138/07m
 OGH 26 juni 2008, zaaknr. 2 Ob 55/08i
 BGH 13 juni 1960, *NJW* 1961, 600
 BHG 13 oktober 1964, *NJW* 1965, 345
 BGH 10 mei 1983, *NJW* 1983, 2080
 BGH 27 september 1983, *NJW* 1984, 655

Hoofdstuk 11

EHRM 27 juni 2000, zaaknr. 21986/93
 EHRM 2 november 2004, zaaknr. 3446/96

EHRM 7 februari 2008, zaaknr. 35421/05
EHRM 3 maart 2009, zaaknr. 20482/03
HR 21 oktober 1986, *NJ* 1987, 607, met nt. G.E. Mulder
HR 22 mei 1992, *NJ* 1992, 527
HR 1 juli 1993, *NJ* 1993, 687, met nt. P.A. Stein
HR 21 juni 1994, *NJ* 1994, 656, met nt. T.M. Schalken
HR 5 december 1995, *NJ* 1996, 322
HR 16 februari 1996, *NJ* 1996, 393
HR 2 oktober 1998, *NJ* 1999, 683, met nt. J.B.M. Vranken
HR 17 november 2000, *NJ* 2001, 596, met nt. W.D.H. Asser
HR 4 mei 2001, *NJ* 2001, 377
HR 24 december 2002, *NJ* 2003, 167, met nt. T.M. Schalken
HR 11 juli 2003, *NJ* 2005, 50, met nt. J.B.M. Vranken
HR 18 maart 2005, *NJ* 2006, 606, met nt. J.B.M. Vranken
HR 23 juni 2006, *NJ* 2006, 354
HR 27 april 2007, *JAR* 2007, 128
HR 9 januari 2009, *JAR* 2009, 38
Gerechtshof 's-Hertogenbosch 1 februari 1989, *VR* 1989, 180
Gerechtshof Amsterdam 14 december 2006, *L&S* 2007, 66
Gerechtshof 's-Hertogenbosch 10 maart 2009, *LJN* BH5919
Gerechtshof Amsterdam 24 maart 2009, zaaknr. 106.007.506/01
Gerechtshof 's-Gravenhage 20 juli 2010, *LJN* BN4195
Gerechtshof Amsterdam 15 februari 2011, *LJN* BR6420
Rechtbank Arnhem 30 januari 1997, *Njkort* 1997, 20
Rechtbank Maastricht 22 maart 2006, *LJN* AV7273
Rechtbank Rotterdam, 28 november 2007, *LJN* BD7445
Rechtbank Amsterdam 11 augustus 2010, *LJN* BP0743
Rechtbank Amsterdam 9 februari 2011, *LJN* BP4341
Rechtbank Alkmaar 18 april 2012, *JA* 2012, 121, met nt. R.W.M. Giard

OVERZICHT GERAADPLEEGDE KAMERSTUKKEN

Kamerstukken zijn digitaal te raadplegen via de website <www.liigl.nl>.

Hoofdstuk 1

Kamerstukken II 2009/10, 32402, nr. 1
Kamerstukken II 2009/10, 32402, nr. 2
Kamerstukken II 2012/13, 32402, nr. 11
Kamerstukken II 2012/13, 32402, nr. 12
Kamerstukken I 2012/13, 32402, nr. A.
Kamerstukken II 2012/13, 32620, nr. 78
Kamerstukken II 2011/12, 33243, nr. 1
Kamerstukken II 2011/12, 33243, nr. 2
Kamerstukken II 2012/13, 33509, nr. 1
Kamerstukken II 2012/13, 33509, nr. 2

Hoofdstuk 2

Kamerstukken II 1985/86, 19522, nr. 3
Kamerstukken II 1987/88, 19522, nr. 6
Kamerstukken II 1991/92, 19522, nr. 46
Kamerstukken II 1989/90, 21345, nr. 3
Kamerstukken II 2011/12, 21501-31, nr. 275
Kamerstukken II 1989/90, 21561, nr. 3
Kamerstukken II 2007/08, 29279, nr. 61
Kamerstukken I 2010/11, 32261, nr. A
Kamerstukken II 2011/12, 33000 XVI, nr. 168
Kamerstukken II 2011/12, 33000 XVI, nr. 194

Hoofdstuk 3

Kamerstukken II 1989/90, 21561, nr. 1
Kamerstukken II 1989/90, 21561, nr. 2
Kamerstukken II 1989/90, 21561, nr. 3
Kamerstukken II 1990/91, 21561, nr. 6
Kamerstukken II 1990/91, 21561, nr. 7
Kamerstukken II 1990/91, 21561, nr. 8

Kamerstukken II 1991/92, 21561, nr. 11
Kamerstukken II 1991/92, 21561, nr. 12
Kamerstukken II 1992/93, 21561, nr. 13
Kamerstukken II 1992/93, 21561, nr. 15
Kamerstukken II 1992/93, 21561, nr. 17
Kamerstukken II 1993/94, 21561, nr. 21
Kamerstukken II 1993/94, 21561, nr. 22
Kamerstukken II 1993/94, 21561 nr. 28
Kamerstukken II 1993/94, 21561, nr. 33
Kamerstukken II 1993/94, 21561, nr. 41
Kamerstukken I 1993/94, 21561, nr. 286
Kamerstukken II 1991/92, 22474, nr. 3
Kamerstukken II 2001/02, 28494, nr. 3
Kamerstukken II 2003/04, 29248, nr. 1
Kamerstukken II 2011/12, 29248, nr. 237
Kamerstukken II 2004/05, 30049, nr. 3
Kamerstukken I 2009/10, 31122, nr. J, K en L
Kamerstukken I 2010/11, 31466, nr. Y
Kamerstukken II 2008/09, 32015, nr. 1
Kamerstukken II 2008/09, 32015, nr. 2
Kamerstukken I 2010/11, 32015, nr. A
Kamerstukken II 2011/12, 33000 XVI, nr. 14
Aanhangsel van de Handelingen II 2005/06, nr. 1594

Hoofdstuk 4

Kamerstukken II 1987/88, 19636, nr. 6
Kamerstukken II 1988/89, 21202, nr. 1
Kamerstukken II 1988/89, 21202, nr. 2
Kamerstukken II 1989/90, 21202, nr. 3
Kamerstukken II 1991/92, 21202, nr. 11
Kamerstukken II 1992/93, 21202, nr. 15
Kamerstukken II 2010/11, 21501-31, nr. 235
Kamerstukken II 1989/90, 21561, nr. 3
Kamerstukken II 1990/91, 21561, nr. 5
Kamerstukken II 1990/91, 21561, nr. 6
Kamerstukken II 1991/92, 21561, nr. 11
Kamerstukken II 1993/94, 23633, nr. 3
Kamerstukken II 1999/00, 26855, nr. 3
Kamerstukken II 2011/12, 33000 XVI, nr. 194

Hoofdstuk 5

Kamerstukken II 1985/86, 19636, nr. 1 tot en met Kamerstukken II 1989/90, 19636, nr. 17
Kamerstukken I 1989/90, 19636, nr. 162a, 162b en 162c
Kamerstukken II 1989/90, 21430, nr. 1 tot en met Kamerstukken II 1990/91, 21430, nr. 8
Kamerstukken I 1990/91, 21430, nr. 260 en 260a
Kamerstukken II 1991/92, 22486, nr. 3
Kamerstukken II 2003/04, 29414, nr. 3
Kamerstukken II 2008/09, 31762, nr. 1
Kamerstukken II 2011/12, 32805, nr. 7
Kamerstukken II 2011/12, 32805, nr. 8
Kamerstukken II 2011/12, 32805, nr. 17
Kamerstukken II 2012/13, 32805, nr. 21
Kamerstukken II 2012/13, 32805, nr. 23
Kamerstukken II 2010/11, 33216, nr. 1

Hoofdstuk 6

Kamerstukken II 1985/86, 19636, nr. 3
Kamerstukken II 1987/88, 19636, nr. 6
Kamerstukken II 1988/89, 19636, nr. 9
Kamerstukken II 1989/90, 21561, nr. 3

Hoofdstuk 7

Kamerstukken II 1985/86, 19529, nr. 3
Kamerstukken II 1994/95, 24326, nr. 3
Kamerstukken II 2000/01, 27400 VI, nr. 31
Kamerstukken II 2002/03, 28781, nr. 2
Kamerstukken II 2002/03, 28781, nr. 3
Kamerstukken II 2003/04, 29763, nr. 3
Kamerstukken II 2006/07, 31087, nr. 2

Hoofdstuk 8

Kamerstukken II 1985/86, 19529, nr. 1 tot en met Kamerstukken II 2001/02, 19529, nr. 8
Kamerstukken I 2002/03, 19529, nr. 206 tot en met Kamerstukken I 2005/06, nr. F
Kamerstukken II 1989/90, 21561, nr. 3
Kamerstukken II 1990/91, 21561, nr. 6
Kamerstukken II 1997/98, 25892, nr. 3
Kamerstukken I 2010/11, 31116, nr. J
Kamerstukken II 2007/08, 31476, nr. 1
Kamerstukken II 2007/08, 31476, nr. 2

Kamerstukken II 2007/08, 31518, nr. 1
Kamerstukken II 2007/08, 31518, nr. 2
Kamerstukken II 2007/08, 31518, nr. 3
Kamerstukken I 2009/10, 31518, nr. C
Kamerstukken II 2012/13, 31753, nr. 61
Kamerstukken II 2008/09, 31762, nr. 1
Kamerstukken II 2008/09, 32021, nr. 1 tot en met Kamerstukken II 2009/10, 32021, nr. 15
Kamerstukken II 2011/12, 33079, nr. 2
Kamerstukken II 2010/11, 33126, nr. 1
Kamerstukken II 2010/11, 33126, nr. 2
Kamerstukken II 2012/13, 33126, nr. 8
Aanhangsel van de Handelingen II 2007/08, nr. 329
Aanhangsel van de Handelingen II 2012/13, nr. 354

Hoofdstuk 9

-

Hoofdstuk 10

Kamerstukken II 1989/90, 21561, nr. 3
Kamerstukken II 1991/92, 21561, nr. 11
Kamerstukken II 1990/91, 22030, nr. 3
Kamerstukken II 1991/92, 22588, nr. 3
Kamerstukken II 1995/96, 22588, nr. 11
Kamerstukken II 1993/94, 23438, nr. 3
Kamerstukken II 1994/95, 23438, nr. 5
Kamerstukken II 2006/07, 28439, nr. 98
Kamerstukken II 2006/07, 30800 XVI, nr. 138
Kamerstukken II 2007/08, 31476, nr. 1
Kamerstukken II 2011/12, 31765, nr. 52
Kamerstukken II 2009/10, 32402, nr. 1
Kamerstukken II 2009/10, 32402, nr. 2
Kamerstukken II 2009/10, 32402, nr. 3
Kamerstukken II 2009/10, 32402, nr. 4
Kamerstukken II 2010/11, 32402, nr. 6
Kamerstukken II 2010/11, 32402, nr. 7
Kamerstukken II 2011/12, 32402, nr. 9
Kamerstukken II 2011/12, 32402, nr. 10
Kamerstukken II 2012/13, 32402, nr. 11
Kamerstukken II 2012/13, 32402, nr. 12

Kamerstukken I 2012/13, 32402, nr. A
Kamerstukken II 2010/11, 32417, nr. 15
Kamerstukken II 2011/13, 32620, nr. 78
Kamerstukken II 2011/12, 33243, nr. 1
Kamerstukken II 2011/12, 33243, nr. 2
Kamerstukken II 2011/12, 33243, nr. 3
Kamerstukken II 2011/12, 33243, nr. 4
Kamerstukken II 2011/12, 33243, nr. 5
Kamerstukken II 2012/13, 33243, nr. 6
Kamerstukken II 2012/13, 33243, nr. 7
Kamerstukken II 2012/13, 33243, nr. 8
Kamerstukken II 2012/13, 33243, nr. 9
Kamerstukken II 2012/13, 33243, nr. 10
Kamerstukken II 2012/13, 33243, nr. 11
Kamerstukken II 2012/13, 33243, nr. 12
Kamerstukken II 2012/13, 33243, nr. 13
Kamerstukken II 2012/13, 33243, nr. 14
Kamerstukken II 2012/13, 33243, nr. 15
Kamerstukken II 2012/13, 33243, nr. 16
Kamerstukken II 2012/13, 33243, nr. 17
Kamerstukken II 2012/13, 33243, nr. 18
Kamerstukken II 2012/13, 33243, nr. 19
Kamerstukken II 2012/13, 33243, nr. 20
Kamerstukken II 2012/13, 33243, nr. 21
Kamerstukken II 2012/13, 33243, nr. 22
Kamerstukken II 2012/13, 33243, nr. 23
Kamerstukken II 2012/13, 33243, nr. 24
Kamerstukken II 2012/13, 33243, nr. 25
Kamerstukken II 2012/13, 33243, nr. 26
Kamerstukken II 2012/13, 33243, nr. 27
Kamerstukken II 2012/13, 33243, nr. 28
Kamerstukken II 2012/13, 33243, nr. 29
Kamerstukken II 2012/13, 33243, nr. 30
Kamerstukken II 2012/13, 33243, nr. 31
Kamerstukken II 2012/13, 33243, nr. 32
Kamerstukken II 2012/13, 33243, nr. 33
Kamerstukken II 2012/13, 33243, nr. 34
Kamerstukken I 2012/2013, 33243, nr. A
Kamerstukken II 2011/12, 33285, nr. 5

Kamerstukken II 2012/13, 33509, nr. 1
Kamerstukken II 2012/13, 33509, nr. 2
Kamerstukken II 2012/13, 33509, nr. 3
Kamerstukken II 2012/13, 33509, nr. 4
Parl. St. Kamer 2009/10, 22400/001 (België)
Parl. St. Kamer 2009/10, 22400/006 (België)
Gesetzentwurf Drucksache 312/12 (Duitsland)
Gesetzesbeschluss Drucksache 7/13 (Duitsland)

Hoofdstuk 11

Kamerstukken II 1991/92, 21561, nr. 11
Kamerstukken II 1999/00, 26630, nr. 2
Kamerstukken II 2011/12, 31765, nr. 52
Kamerstukken II 2010/11, 32402, nr. 6
Kamerstukken II 2011/12, 32402, nr. 8
Kamerstukken II 2012/13, 32402, nr. 11
Kamerstukken I 2012/13, 32402, nr. A
Kamerstukken II 2011/12, 33243, nr. 2
Kamerstukken II 2011/12, 33243, nr. 3
Kamerstukken II 2012/13, 33243, nr. 7
Kamerstukken II 2012/13, 33243, nr. 8
Kamerstukken II 2012/13, 33243, nr. 9
Kamerstukken II 2012/13, 33243, nr. 10
Kamerstukken II 2012/13, 33243, nr. 11
Kamerstukken II 2012/13, 33243, nr. 12
Kamerstukken II 2012/13, 33243, nr. 13
Kamerstukken II 2012/13, 33243, nr. 14
Kamerstukken II 2012/13, 33243, nr. 15
Kamerstukken II 2012/13, 33243, nr. 16
Kamerstukken II 2012/13, 33243, nr. 17
Kamerstukken II 2012/13, 33243, nr. 18
Kamerstukken II 2012/13, 33243, nr. 19
Kamerstukken II 2012/13, 33243, nr. 20
Kamerstukken II 2012/13, 33243, nr. 21
Kamerstukken II 2012/13, 33243, nr. 22
Kamerstukken II 2012/13, 33243, nr. 23
Kamerstukken II 2012/13, 33243, nr. 24
Kamerstukken II 2012/13, 33243, nr. 25
Kamerstukken II 2012/13, 33243, nr. 26

Kamerstukken II 2012/13, 33243, nr. 27
Kamerstukken II 2012/13, 33243, nr. 28
Kamerstukken II 2012/13, 33243, nr. 29
Kamerstukken II 2012/13, 33243, nr. 30
Kamerstukken II 2012/13, 33243, nr. 31
Kamerstukken II 2012/13, 33243, nr. 32
Kamerstukken II 2012/13, 33243, nr. 33
Kamerstukken II 2012/13, 33243, nr. 34
Aanhangsel van de Handelingen II 2010/11, nr. 1371

CURRICULUM VITAE

ROLINKA PATRICIA WIJNE

1975	Geboren te 's-Gravenhage
1987 – 1993	VWO, eindexamen behaald op 18 juni 1993
1993 – 1998	Nederlands Recht (Civiel Recht), afgestudeerd aan de Universiteit Leiden op 14 mei 1998
1998 – 1999	Hooge Huys verzekeringen NV Functie: schadecorrespondent
1999 – 2001	Kantongerecht Delft Functie: (Senior) Gerechtssecretaris
2001 – 2005	Rechtbank 's-Gravenhage en Openbaar Ministerie 's-Gravenhage Functie: Rechter-plaatsvervanger/Substituut Officier van Justitie/Rechterlijk ambtenaar in opleiding
2005 – 2011	Beer Advocaten te Amsterdam Functie: Advocaat Personenschadepraktijk
2010 – heden	Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg 's-Gravenhage Functie: Lid-jurist
2011 – heden	Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Amsterdam Functie: Lid-jurist
2012 – heden	Universiteit van Amsterdam Functie: docent Gezondheidsrecht
2012 – heden	Holla Advocaten Functie: Medewerker wetenschappelijk bureau

DANKWOORD

Het doen van een onderzoek en het schrijven van een boek of dissertatie is een intens proces. Zonder te vervallen in dramatiek, is de intensiteit voor mij lastig in woorden uit te drukken. Wellicht is het zelfs enigszins misplaatst om hetgeen zich in het hoofd afspeelt aan het papier toe te vertrouwen; het is alsof daarmee afbreuk wordt gedaan aan het proces en ook overigens is het de vraag of de lezers van dit boek daarop zitten te wachten. Om die redenen laat ik het. Wat ik wel doe is uiting geven aan de behoefte om diegenen die een belangrijke rol hebben gespeeld in het proces te bedanken.

Ik dank de patiënten en de artsen met wie ik in mijn verschillende functies heb samengewerkt. Zij hebben mij inzicht gegeven in de vraag wat het betekent patiënt of arts te zijn, mij in staat gesteld het menselijk aspect te blijven zien en mij rekening doen laten houden met de invloed van juridische veranderingen op hun beider positie.

Ik dank Gijs en Rik voor de weekenden die ik in afzondering heb mogen doorbrengen en voor de acceptatie dat het onderzoek mijn dag kon maken of breken. Ik dank Gijs ook voor het toezenden van informatie, onder het mom van *'je weet maar nooit of het nuttig is'*. Gijs, het was altijd nuttig. Ik dank Rik bovendien voor de uitspraak dat er niet zoiets hoeft te zijn als een *'als mijn boek af is dan...'*. Wat een rust gaf dat.

Ik dank mijn vrienden voor het vertrouwen door de jaren heen, het begrip voor enig gebrek aan energie en de relativerende woorden. En jullie hadden gelijk, 'het boek' is dan toch eindelijk af.

Ik dank bovenal Siewert voor de vele keren dat hij het manuscript heeft gelezen, voor het overleg op welk tijdstip dan ook, voor de inspiratie en voor het heldere inzicht. Wat een enorme eer en een voorrecht is het om zo een project met jou te hebben mogen doen.

Rolinka

TREFWOORDENREGISTER

(verwezen wordt naar paragrafen)

A

Aanpalende handelingen, 3.2.1

Aansprakelijkheid, centraal zie centrale aansprakelijkheid ziekenhuis

Aansprakelijkheid, hulpverlener

- Grondslag, tekortkoming, 4.2.1
- Norm., 4.2.1.2, 4.2.1.3, 4.2.1.4
- Voor hulppersonen, 4.2.3.3
- Voor hulpzaken, 4.2.3.3

Aansprakelijkheid, hulpverlener

- Grondslag, onrechtmatige daad, 4.3.1
- Norm, 4.3.1.2

Aansprakelijkheid, kwalitatief

- Voor personen, 4.3.4.2
- Voor roerende zaken, 4.3.4.3
- Voor opstallen, 4.3.4.4
- Voor gevaarlijke stoffen, 4.3.4.5

Aansprakelijkheid, producent

- Grondslag, onrechtmatige daad, 5.2
- Grondslag, risico, 5.2
- Norm, 5.2
- Bevrijdende verweren, 5.5

Aansprakelijkheid, uitsluiten of beperken, 4.2.4

Aansprakelijkheidssysteem, Oostenrijk

- Wettelijk kader, 10.2.3.1
- Praktijk, 10.2.3.2

Aansprakelijkheidssysteem, Duitsland

- Wettelijk kader, 10.2.4.1
- Praktijk, 10.2.4.2

Aansprakelijkstelling, 2.4, 8.2

Aantasting in de persoon, 7.2.3

Aantasting van een fundamenteel persoonlijkheidsrecht, 7.2.3

Affectieschade, zie schade

Afwenteling van schade, 2.4, 4.2, 4.3

Ander nadeel, zie schade

Arbeidsgerelateerde schade

- Wettelijk kader, 10.3.2.1
- Praktijk, 10.3.2.2

Arts

- Aansprakelijkheid, 4.2, 4.3
- Opdrachtnemer, 3.2.3

Arts in situatie, 3.2.3

Arts out situatie, 3.2.3

B

Behandelen, geneeskundig

- Anamnese, 3.4.2
- Diagnose, 3.4.2
- Onderzoek, 3.4.2
- Nazorg, 3.4.2

Behandelingsovereenkomst, zie overeenkomst inzake geneeskundige behandeling

Behandelplicht

- Doel van de behandelplicht, 3.4.2.1
- Inhoud behandelen, 3.4.2.2
- Uitzonderingen op de behandelplicht, 3.4.3.3

Behoeften

- Behoeften patiënt, 2.3
- Behoeften direct bij de patiënt betrokkenen, 2.3

Belangenbehartiger

- Rol, 8.2.1.1
- Kwaliteit, 8.2.1.2

Beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar

- Rol, 8.2.2.1
- Kwaliteit, 8.2.2.2

Beroepsbeoefenaar, 2.5.4

Beroepsgeheim, zie geheimhoudingsplicht

Bestuursorgaan, 2.5.3

Bevolkingsonderzoek, 3.3.1

Bewijs

- Bewijslast, 4.2.2, 4.3.2, 5.4.3.3, 6.3
- Bewijsrisico, 4.2.2, 4.3.2, 5.4.3.3, 6.3
- Tegenbewijs, 4.2.2, 4.3.2, 5.4.3.3, 6.3
- Bewijsmiddel, 4.2.2, 4.3.2, 5.4.3.3, 6.3

- Bewijsprobleem, 4.2.2.2, 4.2.2.4, 6.3.2
- Verzwaarde motiveringsplicht, 4.2.2.3
- Deskundigenbericht, 4.2.2.4, 6.3.3, 8.2.4, 8.3.3

Billijkheidscorrectie, zie causaliteit

Blokkeringsrecht, 3.3.2, 8.2.4.1, 8.2.5.2

BIG-geregistreerde, zie tuchtrecht

BIG-register, zie tuchtrecht

Bodemprocedure, 8.3

Buitengerechtelijk traject, 8.2

Buitengerechtelijke kosten, zie schade

C

Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg, 2.5.4

Causaal verband, zie causaliteit

Causaliteit

- Condicio sine qua non-verband, 6.2
- Enkelvoudig, 6.2
- Meervoudig, 6.2.2
- Alternatief, 6.3.4.2
- Eigen schuld van de patiënt, 6.2.3
- Schadebeperkingsplicht, 6.2.3
- Billijkheidscorrectie, 6.2.3
- Bewijs van het condicio sine qua non-verband, 6.3
- Toerekening naar redelijkheid, 6.4

Centrale aansprakelijkheid ziekenhuis, 4.4

Civiele aansprakelijkheidsrecht, zie aansprakelijkheid

Condicio sine qua non-verband, zie causaliteit

Correctierecht, 8.2.4, 8.3.3

D

Deelgeschilprocedure, 8.2.7.2

Delay, 4.2.1.5

Deskundige, medisch

- Rol buitengerechtelijk traject, 8.2.4
- Rol bodemprocedure, 8.3.3
- Kwaliteit, 8.2.4, 8.3.3
- Vraagstelling, 4.2.2.4, 8.2.7.1

Deskundigenbericht

- Bewijsmiddel, tekortkoming, 4.2.2.4

- Bewijsmiddel, condicio sine qua non-verband, 6.3.3
- Verzoek voorlopig deskundigenbericht, 8.2.7.2
- Voorlichting rechter, 8.3.3

Dossier

- Definitie patiëntendossier, 8.4.3
- Persoonlijke werkaantekeningen, 8.4.3
- MIP-melding, 3.4.1, 3.4.3, 3.4.4, 4.2.2.3, 8.2.1, 8.2.5

Dossierplicht

- Plicht een dossier te vormen, 3.4.3
- Bewaarplicht, 3.4.3
- Doel van de dossierplicht, 8.4.3.1
- Uitzonderingen op de dossierplicht, 8.4.3.3
- Vernietigingsrecht, 3.4.3

Dwingend recht, 3.2.6

E

Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden, 3.4.1, 4.2.1.4

F

Fonds Medische Ongevallen, België

- Wettelijk kader, 10.2.2.1
- Praktijk, 10.2.2.2

Fout

- Medische fout, 2.2
- Beroepsfout, 2.2
- Kunstfout, 2.2

G

Gebrek in het product

- Ontwerpgebrek, 5.4.3
- Fabricagegebrek, 5.4.3
- Instructiegebrek, 5.4.3
- Verwachting grote publiek, 5.4.3
- Bewijs van het gebrek, 5.4.3.3

Geheimhoudingsplicht

- Doel van de geheimhoudingsplicht, 3.4.4.1
- Toevertrouwd geheim, 3.4.4.2
- Uitzonderingen op de geheimhoudingsplicht, 3.4.4.3

Geneeskundige behandelingsovereenkomst, zie overeenkomst inzake geneeskundige behandeling

Gerechtigd medisch deskundige

- Rol, 8.3.31
- Kwaliteit, 8.3.3.2

Gerechtigde bodemprocedure, 8.3

Geschillencommissie Zorginstellingen, 2.4.3

Goed hulpverlenerschap

- Redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot, 4.2.1.2, 4.2.1.3
- Professionele standaard, 4.2.1.3, 4.2.1.4

Grondslag, voor een recht op schadevergoeding, 2.4.2, 4.2, 4.3, 5.2

Grondslag, samenloop, 2.4.2.3, 4.3.1.3

H

Handelingen op het gebied van de geneeskunst, 3.2.1

Handelingsonbekwame patiënt, 3.2.2

Handelingsonbevoegde patiënt, 3.2.2

Hoofdelijke aansprakelijkheid, 6.2.2

Hulpverlener

- Definitie, 3.2.3
- Opdrachtnemer, 3.2.3
- Goed hulpverlenerschap, 4.2.1.2, 4.2.1.3

Hulppersoon

- Definitie, 4.2.3.3
- Aansprakelijkheid voor hulppersonen, 4.2.3.3

Hulpzaak

- Definitie, 4.2.3.3
- Aansprakelijkheid voor hulpzaken, 4.2.3.3

I

Incident, 2.2

Indirecte contractdwang, 3.2.4

Informatieplicht

- Doel informatieplicht, 3.4.1.1
- Toestemmingsvereiste, 3.4.1.1
- Inhoud informatie, 3.4.1.2
- Uitzonderingen op de informatieplicht, 3.4.1.3

Informed consent, 3.4.1.1

Inlichtingen- en medewerkingsplicht patiënt, 3.2.6

Inspanningsverplichting, 4.2.2.2

Inspectie voor de Gezondheidszorg

- Calamiteit, 2.5.2
- Leidraad Meldingen, 2.5.2

Inzagerecht, 3.2.6, 3.3.2, 3.4.3.2, 3.4.3.3, 3.4.4, 2.5

J

-

K

Klacht(recht), 2.5.1

Kosten bodemprocedure, 8.3.5

Kosten medisch deskundige, 8.2.6.2

Kosten rechtsbijstand, 8.2.6.1

L

Landelijk Expertisecentrum Medische Zaken, 2.5.5

Leidraad Meldingen IGZ, 2.5.2

Letsel

- Lichamelijk, 2.2, 7.2.3
- Geestelijk, 2.2, 7.2.3

M

Medisch adviseur

- Rol, 8.2.3.1
- Kwaliteit, 8.2.3.2

Medisch deskundige

- Rol, 8.2.4.1
- Kwaliteit, 8.2.4.2

Medische keuring

- Vaststellingskeuring, 3.3.2
- Controlekeuring, 3.3.2
- Toelatingskeuring, 3.3.2

Medische informatie

- Regelgeving, 8.2.5, 8.3.4
- Omgang, 8.2.5, 8.3.4

Minderjarige patiënt, 3.2.2

MIP-melding, 3.4.1, 8.2.5.2

N

Nadeel

- Financieel nadeel, 7.2.1, 7.2.2
- Ander nadeel, 7.2.1, 7.2.3

Nationale ombudsman, 2.5.3

Niet-natuurlijke doodsoorzaak, 2.5.5

Norm, ter bepaling van aansprakelijkheid, 4.2.1.2, 4.3.1.2

O

Omkeringsregel, 6.3.4.1

Onbedoelde schade, zie schade

Onrechtmatige daad

- Arts, 4.3.1, 4.3.1.1
- Ziekenhuis, 4.3.1, 4.3.1.1
- Norm, 4.3.1.2
- Illustraties, 4.3.1.3
- Bewijs, 4.3.2

Openbaar Ministerie, 2.5.5

Overeenkomst inzake geneeskundige behandeling

- Handelingen op het gebied van de geneeskunst, 3.2.1
- Handelingen op het gebied van de artsenijsbereidkunst, 3.2.1
- Individuele gerichtheid, 3.2.1
- Aanpalende handelingen, 3.2.1
- Opdrachtgever, 3.2.2
- Opdrachtnemer, 3.2.3
- Totstandkoming, 3.2.4
- Beëindiging, met wederzijds goedvinden, 3.2.5
- Beëindiging, ontbinding, 3.2.5
- Beëindiging, gewichtige reden, 3.2.5
- Beëindiging, overlijden, 3.2.5

P

Patiënt

- Definitie, 3.2.2
- Opdrachtgever, 3.2.2
- Minderjarige, 3.2.2
- Wilsonbekwame, 3.2.2
- Militair, 3.3.1
- Gedetineerde, 3.3.1

– Terbeschikkinggestelde, 3.3.1

Patiëntendossier, 3.4.3, 8.2.5, 8.3.4

Patiëntenverzekering, Zweden

– Wettelijk kader, 10.2.1.1

– Praktijk, 10.2.1.2

Persoonlijk gemachtigde, 3.2.2

Persoonlijkheidsrecht, 7.2.3

Post marketing surveillance, 5.4.3.2

Producent

– Definitie, 5.4.2

– Fabrikant, 5.4.2

– Sperma bank 5.4.2

– Eicelbank, 5.4.2

– Dienstverlener, 5.4.2

– Importeur, 5.4.2

– Leverancier, 5.4.2

Product

– Definitie, 5.4.1

– Prothese, 5.4.1

– Geneesmiddel, 5.4.1

– Bloed, 5.4.1

– Sperma, 5.4.1

– Orgaan, 5.4.1

– Operatiemateriaal, 5.4.1

– Transfusievloeistof, 5.4.1

– Cellen, 5.4.1

– Weefsels, 5.4.1

Professionele standaard

– Invulling en begrenzing, 4.2.1.4

Proportionele aansprakelijkheid

– Proportionele benadering, 6.3.5.1

– Samenloop met de omkeringsregel, 6.3.5.1

– Berekening kansen, 6.3.5.3

Protocollering, 4.2.1.3

Q

-

R

Rechter, civiele

- Rol, 8.3.2.1
- Kwaliteit, 8.3.2.2

Rechtsverhouding hulpverlener - patiënt

- Contractueel, 3.2
- Niet-contractueel, 3.3

Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg, 2.5.4

Regresnemers

- Werkgever, 7.3.6.1
- Uitkeringsinstanties, 7.3.6.2

Resultaatsverplichting, 4.2.2.2

Richtlijn 85/374/EEG betreffende onderlinge aanpassing van de wettelijke en de bestuursrechtelijke

bepalingen der lidstaten inzake de aansprakelijkheid voor producten met gebreken, 5.3

Richtlijn 90/385 EEG betreffende de onderlinge aanpassing van de wetgevingen van de lidstaten

inzake actieve implanteerbare medische hulpmiddelen, 4.2.1.4

Richtlijn 93/42/EEG betreffende medische hulpmiddelen, 4.2.1.4

Richtlijn 2001/83/EG tot vaststelling van een communautair wetboek betreffende geneesmiddelen

voor menselijk gebruik, 4.2.1.4

Richtlijn 2011/24/EU betreffende de toepassing van de rechten van patiënten bij grensoverschrijdende gezondheidszorg, 4.2.1.4

Richtlijnconforme uitleg, 5.3

Risicoaansprakelijkheid van de producent, zie aansprakelijkheid producent

S

Schade

- Schade van de patiënt, 7.2
- Schade van direct betrokkenen, 7.3, 7.3.2
- Schade van nabestaanden, 7.3, 7.3.2
- Schade van de partner, 7.3.2.3, 7.3.5
- Schade van het kind, 7.3.2.3, 7.3.5
- Schade van de werkgever, 7.3.6.1
- Schade van uitvoeringsinstanties, 7.3.6.2
- Zorggerelateerde schade, 1.2
- Onbedoelde schade, 1.2
- Vermijdbare schade, 1.2
- Schade door dood of lichamelijk letsel, 5.4.4.2

- Integriteitsschade, 6.3.2.2, 7.2.3
- Vermogensschade, 7.2.2, 7.3.2
- Buitengerechtelijke kosten, 7.2.2.3
- Ander nadeel, 7.2.3
- Affectieschade, 7.3.3
- Shockschade, 7.3.4
- Begroting van schade, 7.2.1

Schadebeperkingsplicht, zie causaliteit

Schadevergoeding

- Vervangend, 4.2.1.1
- Aanvullend, 4.2.1.1

Schuld, zie toerekening krachtens schuld

Shockschade, zie schade

Standaard, zie professionele standaard

Strafvervolgning

- Openbaar Ministerie, 2.5.5
- Strafbepalingen, 2.5.5
- Voeging benadeelde partij, 2.5.5
- Landelijk Expertisecentrum Medische Zaken, 2.5.5
- Niet-natuurlijke doodsoorzaak, 2.5.5

T

Tekortkoming

- Arts, 4.2.1
- Ziekenhuis, 4.2.1
- Norm, 4.2.1.2
- Illustraties, 4.2.1.5
- Bewijs, 4.2.2

Toelatingsovereenkomst, 3.2.3

Toerekening van de schade naar redelijkheid, zie causaliteit

Toerekening van de tekortkoming

- Krachtens schuld, 4.2.3.2
- Krachtens verkeersopvattingen, 4.2.3.2
- Krachtens de wet, 4.2.3.3
- Psychische overmacht, 4.2.3.2
- Artikel 6:76 BW, 4.2.3.3
- Artikel 6:77 BW, 4.2.3.3

Toerekening van de onrechtmatige daad

- Krachtens schuld, 4.3.3

- Krachtens verkeersopvattingen, 4.3.3
 - Krachtens de wet, 4.3.3
- Toerekening naar redelijkheid, zie causaliteit
- Toestemming voor behandeling, 3.4.1.1, 3.4.2.1
- Tuchtrecht, 2.5.4

U

Uitvoeringsinstantie, zie schade

V

Verjaring

- Vijfjaarstermijn, 7.4.1.2
- Twintigjaarstermijn, 7.4.1.3
- Stuiting van de verjaring, 7.4.2
- Verjaring en productaansprakelijkheid, 7.4.3

Verkeersgerelateerde schade

- Wettelijk kader, 10.3.3.1
- Praktijk, 10.3.3.2

Verlies van een kans

- Benadering van de verloren kans, 6.3.5.1, 6.3.5.2
- Berekening van kansen, 6.3.5.3

Vermijdbare schade, 1.2

Vermogensschade, zie schade

Verplichtingen patiënt uit de behandelingsovereenkomst

- Loon betalen, 3.2.6
- Medewerking verlenen, 3.2.6

Verplichtingen van de hulpverlener uit de behandelingsovereenkomst

- Informatieplicht, 3.2.6, 3.4.1
- Behandelplicht, 3.2.6, 3.4.2
- Dossierplicht, 3.2.6, 3.4.3
- Geheimhoudingsplicht, 3.2.6, 3.4.4
- Plicht tot eerbiediging van het privéleven, 3.2.6, 3.4.5
- Zorg goed hulpverlener betrachten, 4.3.2.6, 4.2.1.2, 4.2.1.3

Verplichtingen jegens de patiënt, 3.2.6

Verplichtingen jegens de (wettelijk) vertegenwoordiger, 3.2.6

Verplichtingen uit een rechtsverhouding anders dan een behandelingsovereenkomst

- Schakelbepaling, 3.3.2
- Verzet rechtsbetrekking, 3.3.2
- Inzagerecht, 3.3.2

– Blokkeringsrecht, 3.3.2

Verschoningsrecht 8.31.2

Vertegenwoordiging

– Wettelijk, 3.2.2

– Persoonlijk gemachtigde, 3.2.2

– Familie, 3.2.2

– Zorg van een goed vertegenwoordiger 3.2.2

Verwijtbaar onjuist gedrag, 2.4.2.1, 2.4.2.2

Verzoek voorlopig deskundigenbericht, 8.2.7.1

Verzwaarde motiveringsplicht, 4.2.2.3

Voeging in het strafproces, 2.5.5

W

Waarneming, 3.2.3, 4.2.3.3

Wet cliëntenrechten zorg

– Cliënt, 10.3.1

– Zorgverlener, 10.3.1.1

– Zorgaanbieder, 10.3.1.1

– Rechtsverhouding cliënt en zorgaanbieder, 10.3.1.1

– Rechten cliënt, 10.3.1.1

– Klachtprocedure, 10.3.1.2

Wettelijke vertegenwoordiging, zie vertegenwoordiging

Wilsonbekwame patiënt, zie patiënt

Wrongful birth, 4.3.1, 7.3.2.3, 7.3.5

Wrongful life, 4.3.1, 7.3.2.3, 7.3.5

X

-

Y

-

Z

Zaakwaarneming, 3.2.4

Zelfbeschikkingsrecht, aantasting van, 6.3.2.2, 7.2.3

Zelfregulering, 4.2.1.4

Ziekenhuis

– Aansprakelijkheid, 4.2, 4.3

– Opdrachtnemer, 3.2.3

Zorggerelateerde schade, zie schade

Zorg goed hulpverlener, 4.2.1.2, 4.2.1.3, 4.2.1.4

Zwaarwegend belang, 3.4.4.3